



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.721 - DF (2016/0187952-6)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO : MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055
LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS : PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077
CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA E OUTRO(S) - DF017390
AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194
INTERES. : CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. OMISSÃO DE MULTA EM BENEFÍCIO DO ADERENTE. INADIMPLEMENTO DA INCORPORADORA. ARBITRAMENTO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO, TOMANDO-SE COMO PARÂMETRO OBJETIVO A MULTA ESTIPULADA EM PROVEITO DE APENAS UMA DAS PARTES, PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, após finalização do julgamento do caso concreto na sessão de julgamentos de 08 de maio de 2019, no seguinte sentido: "Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso especial, abriu divergência a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhada pelo Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira, e, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Fixou-se, nesta assentada, tese para os fins repetitivos no tema 971, a seguir: **"No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial".**

Vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente justificadamente, apenas nesta assentada, o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 22 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0187952-6

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.614.721 / DF

Números Origem: 00397771420148070007 20140710406743 20140710406743RES

PAUTA: 27/03/2019

JULGADO: 27/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. SADY D'ASSUMPÇÃO TORRES FILHO

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO	: PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO	: MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS	: ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055 LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS	: PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077 CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
INTERES.	: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Inadimplemento - Perdas e Danos

CERTIDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator, com previsão de julgamento em 10.04.2019, após acolhimento de questão de ordem pela Segunda Seção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0187952-6

PROCESSO ELETRÔNICO **Resp 1.614.721 / DF**

Números Origem: 00397771420148070007 20140710406743 20140710406743RES

PAUTA: 27/03/2019

JULGADO: 10/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO	: PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO	: MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS	: ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055 LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS	: PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077 CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
INTERES.	: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Inadimplemento - Perdas e Danos

CERTIDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por deliberação unânime da Segunda Seção, com previsão de julgamento na sessão de 8/5/2019.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0187952-6

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.614.721 / DF

Números Origem: 00397771420148070007 20140710406743 20140710406743RES

PAUTA: 08/05/2019

JULGADO: 08/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO	: PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO	: MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS	: ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055 LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS	: PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077 CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	: WALTER JOSE FAIAD DE MOURA E OUTRO(S) - DF017390 AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110 SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194
INTERES.	: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Inadimplemento - Perdas e Danos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente quanto aos temas repetitivos 970 e 971:

Dr. WALTER JOSE FAIAD DE MOURA, pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC (Amicus Curiae);

Dr. ANDRE JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA, pela RECORRIDA MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S. A.;

Dr. FERNANDO TORREÃO DE CARVALHO, pelo RECORRIDO BROOKFIELD MB EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS;

Dr. RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO, pela CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC (Amicus Curiae);

Dra. JULIANA CORDEIRO DE FARIA, pela ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAINC (Amicus Curiae);

e Dr. JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI, pela SECOVI-SP (Amicus Curiae).

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso especial, abriu divergência a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhada pelo Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira, e a Seção, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foram fixadas teses que serão encaminhadas pelo Relator para ratificação pelo colegiado da Segunda Seção na próxima sessão, em 22.05.2019.

Vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.721 - DF (2016/0187952-6)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO : MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055
LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS : PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077
CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA E OUTRO(S) - DF017390
AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194
INTERES. : CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Na origem, ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS ajuizou ação de indenização por perdas e danos em desfavor de MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA sustentando que, no dia 5/11/2011, celebrara com a requerida contrato de promessa de compra e venda referente ao imóvel n. 703 do Bloco C do empreendimento Residencial Top Life - Long Beach, situado em Taguatinga (DF), que estava sendo comercializado ainda na planta.

Alegou que as partes pactuaram a entrega do imóvel para até o mês de dezembro/2013, admitido o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do contrato, e que, apesar de ter cumprido com suas obrigações contratuais, deixou a requerida, no entanto, de realizar sua prestação, verificando-se o atraso na conclusão das obras e na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entrega do imóvel, situação que se manteve até a data da propositura da ação.

Sustentou que o descumprimento da obrigação contratual pela recorrida trouxe-lhe consideráveis prejuízos materiais. Com base nisso, pleiteou: a) declaração de nulidade da cláusula de tolerância quanto ao prazo de entrega do imóvel objeto do contrato e da cláusula que relativiza o início do prazo de entrega; b) indenização de lucros cessantes; c) **inversão dos encargos moratórios** (item 4.2 do contrato); e iv) condenação da ré ao pagamento dos impostos e da taxa de condomínio até a entrega efetiva do imóvel.

A sentença de fls. 117-136 julgou procedente em parte o pedido para a) declarar nula a cláusula quinta do contrato firmado entre as partes, no que concerne à fixação da data de assinatura do contrato de financiamento bancário em questão como termo inicial do prazo de entrega do imóvel; b) condenar a ré a pagar ao autor, a título de lucros cessantes, o valor mensal de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) durante o período compreendido entre 30/6/2014 e a data da efetiva entrega do imóvel à parte autora, devendo o montante apurado ser acrescido de correção monetária pelo INPC-IBGE a partir dos vencimentos mensais e de juros de mora à taxa de 1% ao mês a partir da citação (art. 405, CC/2002); c) condenar a ré a pagar à parte autora, a título de encargos moratórios invertidos, os percentuais de multa e juros de mora previstos na cláusula 4.2 do contrato, os quais devem incidir sobre as parcelas do contrato que seriam devidas pela parte autora no período de 30/6/2014 até a efetiva entrega do imóvel objeto do contrato, acrescidos de correção monetária (INPC-IBGE) a partir dos vencimentos mensais e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (art. 405 do CC/2002).

A construtora ré apelou, aduzindo, entre outros pontos, a inexistência de previsão de multa moratória em favor da apelada, não podendo o Poder Judiciário criar cláusula favorável ao consumidor com o intuito de igualar as partes, devendo, assim, ser afastada a inversão da cláusula penal em prol do consumidor.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deu parcial provimento à apelação da construtora ré para, entendendo inviável a inversão da cláusula penal em favor do consumidor, afastar a condenação ao pagamento à autora da multa moratória prevista na cláusula 4.2 do contrato, nos termos da seguinte ementa (fls. 196-197):

APELAÇÃO CÍVEL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL - INOVAÇÃO RECURSAL - INTERESSE DE AGIR - LUCROS CESSANTES - INVERSÃO DA MULTA MORATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - DESPESAS COM O IMÓVEL - RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES.

1. Caracteriza inovação recursal a apresentação, em sede de apelo, de matérias não trazidas na contestação, sendo vedado o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância.

2. Demonstrada a necessidade e utilidade da ação de indenização,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rejeita-se a preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir.

3. É abusiva a cláusula que prevê alteração da data de entrega do imóvel com base no contrato de financiamento porque coloca o consumidor em extrema desvantagem ao não saber ao certo a data do cumprimento da obrigação.

4. A não, entrega do imóvel no prazo previsto gera, por si só, prejuízo presumido ao adquirente, razão pela qual a ele é devida indenização por lucros cessantes.

5. Não é possível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor porque não cabe ao julgador inovar no contrato.

6. As despesas do imóvel são de responsabilidade da construtora até a entrega das chaves ao comprador.

7. Conheceu-se parcialmente e, nesta parte, deu-se parcial provimento ao apelo da ré.

Sobreveio, então, o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição da República.

Em suas razões recursais, a recorrente sustenta que o acórdão recorrido, ao não deferir a inversão da cláusula penal moratória em benefício da parte compradora, afrontou os arts. 408, 409 e 410, todos do Código Civil, bem como divergiu de julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 240-246.

Admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte Superior, e, verificada a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia - possibilidade ou não de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto do contrato de compra e venda -, revelou-se imperiosa a afetação do presente recurso como representativo da controvérsia, conjuntamente com o REsp n. 1.631.485/DF, nos termos do art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 (fls. 272-280).

Em parecer apresentado às fls. 288-296, o Ministério Público Federal opinou pela fixação da seguinte tese, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015. LICITUDE DA INVERSÃO DE CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA EXCLUSIVAMENTE EM FAVOR DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO. PELA FIXAÇÃO DA SEGUINTE TESE: É LÍCITA A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA EXCLUSIVAMENTE PARA O ADQUIRENTE (CONSUMIDOR), NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO PELO FORNECEDOR POR ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO OBJETO DE CONTRATO OU DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em vista da transcendência social, econômica e jurídica dos precedentes e teses que serão consolidados pela jurisprudência desta Corte, realizou-se Audiência Pública, nos moldes do disposto no art. 185, I, do RISTJ, com a participação de pessoas e entidades com representatividade técnica na área de conhecimento a que pertenciam e com atuação ou *expertise* especificamente na matéria.

Das entidades participantes daquela Audiência, destacam-se duas manifestações que mais especificamente trataram do Tema 971:

Em primeiro lugar, o Professor José Fernando Simão afirmou ser a cláusula penal compensatória que, como tal, ela compensa os prejuízos prefixados. Ponderou: "As partes abrem mão de prova do prejuízo e prefixam no contrato os seus danos". Seguindo essa linha, concluiu:

Se a construtora - e depois vou dar uma solução jurídica que me parece adequada - impuser - e segundo o Professor Flávio Tartuce, eventualmente, indevidamente - uma cláusula penal em desfavor do consumidor, o problema é que a previsão de descumprimento daquela cláusula penal é para a prestação do consumidor. Invertê-la em desfavor da construtora é ignorar a natureza jurídica das prestações. As prestações não são iguais. Inversão de cláusula penal é criar cláusula penal em desfavor de alguém desconsiderando a diferença de prestações: dar e fazer, dar e não fazer ou fazer e não fazer. Defendeu a nulidade da cláusula abusiva, por ineficácia ou invalidação, no lugar da inversão pretendida pelo recorrente.

No mesmo rumo, Sylvio Capanema defendeu a impossibilidade de inversão da cláusula penal. A uma, pela diferença de natureza jurídica das prestações emanadas dos contratos em questão: de um lado, uma obrigação pecuniária; do outro, por parte do incorporador, uma obrigação de fazer. A duas, porque o negócio jurídico é autorregulamentação dos interesses privados, sendo possível ao Judiciário criar uma pena, que não esteja prevista no contrato para uma das partes.

É o relatório.

2. Para logo, defiro o ingresso, como *amici curiae*, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - Brasilcon, da Câmara Brasileira da Indústria da Construção-CBIC, da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - Abrainc, do Instituto de Promoção e Defesa do Cidadão e Consumidor do Estado do Maranhão - procon/MA, do Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo - Sinduscon-SP e do Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis - Sinduscon-Fpolis (fls. 298-327, 329-355, 357-390, 392-404, 405-457 e 459-519).

Com efeito, muito embora os autos já tenham subsídios satisfatórios advindos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da audiência pública, em vista da representatividade das entidades requerentes, notadamente para propiciar eventual sustentação oral e entrega de memoriais, defiro o ingresso, ressalvando, contudo, que assumem a qualidade de *amici curiae* no estado em que se encontram os autos.

3. A presente Questão de Ordem tem por objetivo esclarecer pontos relevantes para ensejar o posterior julgamento dos recursos repetitivos, se for o caso, de modo a evitar surpresa para as partes e insegurança jurídica.

Por certo, houve circunstância fático-jurídica relevante após a afetação do presente recurso, em decisão colegiada desta egrégia Seção, com o advento da Lei n. 13.786/2018, de 27 de dezembro de 2018, alterando as Leis n. 4.591/1964 e 6.766/1979, para disciplinar questões acerca do inadimplemento (parcial ou absoluto) em contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária ou de loteamento.

A lei decorre do Projeto de Lei n. 1.220/2015, de autoria do Deputado Celso Russomanno, com a seguinte justificativa, *in verbis*:

A desistência de compra de imóveis na planta tem se tornado um tormento ao consumidor em face da ausência de norma legal que regule a questão. Atualmente os Tribunais de todo o País e as Ações Civis Públicas propostas pelo Ministério Público vem estabelecendo como justa a possibilidade de retenção pelas incorporadoras do valor de 10 % (dez por cento) sob título de ressarcimento de custos, todavia, algumas empresas ofertam a devolução de quantias menores aos consumidores, obrigando-os a procurarem o judiciário.

Em face do exposto, propomos a presente regulamentação da questão para dar garantir segurança tanto aos consumidores quanto às empresas e evitando que inúmeras ações sejam encaminhadas ao judiciário.

A lei aprovada contém a seguinte ementa:

Altera as Leis nos 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano.

É bem de ver, assim, que, no âmbito doutrinário, há acesas controvérsias bem identificadas, especialmente relacionadas à aplicação da lei no tempo, que consistem em saber, acerca da Lei n. 13.786/2018, se: **a)** a solução estabelecida por esse Diploma é aplicável a contratos firmados anteriormente a sua vigência; **b)** pode ser aplicada por analogia em outros contratos assemelhados ou apenas naqueles a envolver imóveis em incorporação imobiliária (imóveis "na planta") ou loteados; **c)** nas relações de consumo, é afastado o CDC naquilo que não for compatível.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em alentado estudo sobre a bem recente Lei, os Consultores Legislativos Carlos E. Elias de Oliveira e Bruno Mattos e Silva expõem a questão com clareza e apresentam suas conclusões:

As críticas aos tropeços técnicos da lei já estão sendo disparadas por grandes juristas. Por exemplo, o civilista Otávio Luiz Rodrigues Junior fez várias denúncias, afirmando que: (1) ao tratar de resolução e rescisão como se fossem iguais, a nova lei ignorou que se tratavam de “hipóteses absolutamente distintas segundo a boa técnica jurídica”; (2) “em mais outro assassinio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo”; (3) “a nova lei peca ao usar terminologia ultrapassada ou pouco técnica”;

[...]

De um lado, é atécnico chamar o novo diploma de “Lei do Distrato”, pois, além do distrato, o seu foco é disciplinar o desfazimento do contrato por culpa de uma das partes (rescisão unilateral ou resolução por inadimplemento).

De outro, é equivocado entender que a lei trata de todos os contratos de aquisição de imóvel. Ela, na verdade, só cuida dos que envolvem venda de imóveis “na planta”, seja em regime de incorporação, seja em regime de loteamento. Portanto, contratos de venda de imóveis já construídos entre particulares não são tratados pela nova lei.

Apesar disso, em se tratando de venda de imóveis construídos, deve ser admitida, por analogia, a aplicação da nova lei quando o comprador puder ser considerado consumidor, pois, onde há o mesmo fundamento, deve haver a mesma regra (ubi eadem ratio, ibi eadem iuris). O art. 4 da LINDB autoriza essa analogia.

Em vendas entre particulares sem relação de consumo, não há razão para a incidência analógica da nova lei: o regime da liberdade contratual deve seguir as regras gerais do direito civil.

Por fim, embora a lei só trate de contratos de compra e venda e de seus desdobramentos (promessas e cessões), ela também deve ser estendida, por analogia, mutatis mutandi, a outras espécies contratuais envolvendo transferência de imóvel, como o contrato de permuta. Assim, se um consumidor trocar um terreno próprio por um apartamento “na planta”, devem-se observar analogicamente as regras da nova lei, como as de limites de valores de multas compensatórias.

[...]

Entendemos que a nova lei será aplicável quando houver consumidor, pois, além de os debates no Congresso Nacional terem sido focados em calibrar as regras perante os consumidores, a nova lei faz referência esparsa ao CDC em alguns dispositivos, a exemplo do novo art. 35-A da Lei 4.591/64.

[...]

A nova lei só poderá atingir contratos celebrados posteriormente à entrada em vigor. Não poderá, jamais, atingir contratos anteriores, nem mesmo os efeitos futuros desse contrato, porque a retroatividade – ainda que mínima – é vedada no direito brasileiro para normas que não sejam constitucionais originárias. A propósito, reportamos o leitor a excelente artigo da Ministra Fátima Nancy Andrighi[4] e também ao texto “Caso dos planos de saúde a retroatividade das leis”[5].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, se, após a entrada em vigor da nova lei, um consumidor incorrer em inadimplência em relação a um contrato antigo, o caso deverá ser disciplinado pela legislação anterior. Não pode a nova lei incidir, sob pena de se cancelar uma retroatividade mínima para a nova lei, o que seria inconstitucional.

De qualquer forma, por uma manobra astuciosa, há a possibilidade de os tribunais, à luz da legislação anterior, mudarem seus entendimentos para chegarem a um resultado igual ao da nova lei, especialmente quando a questão tiver sido tratada com base na volatilidade de princípios e de cláusulas abertas. Assim, por exemplo, os tribunais costumavam considerar abusivas as multas compensatórias acima de 15% do valor pago contra o consumidor e, para tanto, valia-se do conceito aberto de abuso de direito previsto nos arts. 413 do CC e 51 do CDC. Os tribunais poderiam, baseando-se nesse mesmo conceito aberto, passar a entender que a multa compensatória poderia chegar a 25% ou a 50% conforme haja ou não patrimônio de afetação, tudo de modo a chegar ao mesmo resultado prático da nova lei.

Entendemos, porém, que essa manobra seria indevida e jamais deveria ser admitida pelos tribunais para o caso em específico, pois, além de os referidos percentuais serem alarmantes à luz do ordenamento jurídico anterior à nova lei, a orientação consolidada dos tribunais gera legítima expectativa nos indivíduos, que, confiando nela, celebram contratos e propõem ações judiciais. Mudar jurisprudência consolidada gera insegurança jurídica.

Seja como for, caso os tribunais venham a mudar o seu entendimento, eles devem, no mínimo, modular os efeitos por dois motivos.

O primeiro motivo é que o próprio CPC protege essa boa-fé e essa segurança jurídica, recomendando a modulação de efeitos da mudança de jurisprudência consolidada a fim de que o novo entendimento só se aplique para ações judiciais posteriores (art. 927, § 3º, CPC).

O segundo é que, ao nosso sentir, essa modulação dos efeitos é exigência do princípio constitucional da segurança jurídica e da legalidade. É que a norma jurídica tem de ser prévia. E, por norma jurídica, há de entender-se não apenas o texto legal, mas também a sua interpretação, pois, como é consabido, lei é texto e contexto. Portanto, seria inconstitucional mudança de jurisprudência consolidada para atingir ações judiciais anteriores.

Desse modo, temos que, na hipótese de os tribunais vierem a mudar sua jurisprudência consolidada para chegar a um resultado similar ao da nova lei, é dever deles aplicar essa nova orientação apenas para ações judiciais propostas posteriormente à nova lei, sob pena de ferir os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade.

(Disponível em:
<<http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-re-gime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>>. Acesso em: 23 de março de 2019)

Também parece ser essa a posição do estudioso do assunto Antonio Ricardo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corrêa, em artigo publicado na Revista Justiça e Cidadania (edição 222, fevereiro/2019), ao estabelecer que:

Como se não fosse pequeno esse desafio, deverá se ter profunda serenidade e equilíbrio no uso da Lei no 13.786/2018, não se afastando do caminho de convocar o Legislativo a se unir ao Judiciário, ao Executivo e ao mercado imobiliário para juntos acharem uma solução completa, sustentável e eficaz, advertidos todos que soluções unilaterais estarão longe de resolver o problema e perto de torná-lo definitivo e irreversível. **Há que se decidir, ainda, se a nova lei se aplicará aos contratos em curso ou apenas aos novos contratos, me parecendo ser essa última a interpretação mais técnica, embora seja razoável admitir que as decisões das ações de distrato ainda em curso possam revelar um aumento do percentual de retenção até o limite de 50%.**

Nesse mesmo diapasão, vêm bem a calhar as ponderações da eminente Ministra Nancy Andrighi, por ocasião do julgamento pela Terceira Turma do REsp n. 1.249.484/MS - que trata da aplicação ou não do CDC a contrato de transporte anterior à sua vigência -, ao assentar que não há necessidade de dispositivo expresso fixando que não retroagirá a nova lei, inclusive que eventual artigo nesse sentido teria caráter meramente explicitante (julgado em 15/5/2012, DJe 21/5/2012), *in verbis*:

Valem, destarte, aqui, as observações que fiz no voto proferido quando do julgamento do REsp 782.433/MG:

Não se pode olvidar que a CF/88 adotou, como regra geral do sistema, o princípio da não-retroatividade da lei, admitindo-se, por outro lado, a sua retroatividade como exceção. Assim o fez ao prescrever em seu art. 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Não outro o sentido imposto pelo comando legal constante do art. 6º da LICC, segundo o qual “a lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Destarte, em princípio, o fato rege-se pela lei em vigor na data de sua ocorrência. Trata-se de regra geral de direito intertemporal, de incidência imediata e inexorável da lei. Se está em vigor, portanto apta para incidir, e o fato nela previsto ocorre, dá-se a incidência, vale dizer, o fato ganha imediatamente a significação jurídica que a lei vigente lhe atribui.

Acréscete-se, por oportuno, que não há necessidade de dispositivo expresso fixando essa incidência imediata. A norma que inclui artigo nesse sentido terá caráter meramente explicitante. Sua ausência não faz com que as leis silentes sobre a questão intertemporal sejam retroativas.

[...]

Não obstante a regra geral de irretroatividade, a questão que se põe é saber se, por ser norma de ordem pública, o CDC se aplicaria retroativamente àquelas situações já consumadas.

Nesse aspecto, Caio Mário da Silva Pereira anota que “quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública" (*Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 149).

A partir dessas ponderações, conclui-se que o CDC não tem efeito retroativo pelo mero fato de ser uma norma de ordem pública. **O texto constitucional, ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza. Quisesse o legislador constituinte admitir como regra a retroatividade das leis de ordem pública, deveria, como fez com questões envolvendo a lei penal benéfica ao réu, excepcionar expressamente tal situação no próprio texto constitucional.**

Sendo assim, os fatos já consumados, perfeitamente concluídos na vigência de normas anteriores à Lei consumerista, não são atingidos por sua força e autoridade legislativa.

[...]

Não há, portanto, a incidência do art. 27 do CDC à espécie.

Do juízo perfilhado pela Quarta turma extrai-se também que, em vista da irretroatividade de lei, não seria possível a modificação do entendimento jurisprudencial nos processos pendentes de julgamento, se fosse decorrente de mudança normativa (AgInt nos EDcl no AREsp n. 910.775/SP, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/3/2018, DJe 27/3/2018).

4. Diante desse cenário, para a solução da presente Questão de Ordem, anoto que o art. 6º, II, da LINDB esclarece que se consideram adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Mutatis mutandis, o art. 131 do CC estabelece que o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito. Em suma, a materialização da condição suspensiva contratual referente à pactuação acessória de multa moratória (avençada com valor definido em porcentagem ou em valor nominal, no mais das vezes de fácil identificação) protraí o eventual exercício, mas não a aquisição do direito, que se integra imediatamente ao patrimônio jurídico da pessoa, sem afetar sua existência e validade.

De fato, o direito que se integrou ao patrimônio jurídico de uma pessoa terá que ser respeitado pelas normas que surjam futuramente e eventualmente disciplinem de maneira diferente a matéria, pois a sucessão de normas no tempo não afeta o direito que se incorporou ao patrimônio jurídico (COELHO, Fábio Alexandre. *Lei de introdução às normas do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito brasileiro comentada. São Paulo: Edipro, 2015, p. 120-122).

Não se pode olvidar que uma norma legal ou infralegal não mais vigente poderá continuar vinculante, atingindo casos anteriores à sua revogação, produzindo seus efeitos, porque deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. A norma poderá ser eficaz, mesmo já revogada (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 204-206).

Deveras, a eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; consequentemente, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, passa a pertencer ao mundo jurídico. Incidência é *prius*; e a incidência supõe a regra jurídica e o suporte fático sobre o qual ela *incida*. Completado o suporte jurídico, a regra jurídica incide - **"[o] que nos interessa é, tão-só, a data da sua incidência sobre o suporte fático; portanto, só a data do fato jurídico"** (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 33, 35 e 36).

No ponto, para a aferição da presença do direito adquirido, é necessário que: a) tenha ocorrido um ato ou fato jurídico com o condão de produzir consequências jurídicas, levando a pessoa a adquirir um direito que passa a integrar seu patrimônio jurídico; b) ainda não tenha sido exercido, evidentemente, pois isso faria desaparecer o direito adquirido, que passaria a ser qualificado como consumado, efetivado ou implementado (COELHO, Fábio Alexandre. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro comentada*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 121).

Nesse passo, consoante o abalizado escólio doutrinário, a garantia estabelecida no art. 6º da LINDB impõe a intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito:

A garantia inscrita no art. 6º da LINDB foi incorporada ao texto das Constituições brasileiras e presentemente está reproduzida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal [...]. O tema é correlato à irretroatividade da lei.

Note-se que a garantia em questão não proíbe a retroação. A noção de irretroatividade é dirigida ao intérprete. Em princípio não se interpreta uma lei de modo a que se aplique a fatos pretéritos, salvo se ela for expressa nesse sentido. Ao retroagir, porém, **a lei deve pôr a salvo o direito o adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Então o mandamento constante da LINDB e da Constituição Federal significa que a lei, nas hipóteses em que retroaja, deve respeitar as mencionadas balizas. A retroação, por conseguinte, é exceção e não regra; mesmo quando excepcionalmente se materialize, encontra óbice no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada.**

[...]

A retroatividade é um problema que se põe no plano da eficácia da lei. Considerados os três planos, da existência, validade e eficácia, a retroatividade ligar-se-á a este último. A projeção de efeitos para o passado é chamada de retroeficácia; e a manutenção de efeitos após a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revogação é conhecida como ultratividade. **Então as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada podem ser entendidas de duas maneiras: uma, como impedimento à retroeficácia da lei; a outra, como fundamentos de sua ultratividade.** No direito adquirido, a lei revogada continua a viver, isto é, projeta efeitos mesmo depois do fim de sua vigência. (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.100-101)

O ato jurídico perfeito e a coisa julgada podem ser reconduzidos ao conceito de direito adquirido, que abrange os outros dois institutos.

[...]

Gabba, mestre italiano, professor da Universidade de Pisa, no seu livro clássico, que influenciou muitas gerações de juristas, *teoria della retroattività delle leggi* [...] dá a sua definição de direito adquirido [...] o que podemos traduzir para: "è adquirido todo direito que: a) **é consequência de um fato idônea para produzi-lo, em virtude da lei e do tempo em que o fato foi realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu**".

[...]

De minha parte, entendo que o princípio da irretroatividade das leis significa princípio da intangibilidade do direito adquirido.

[...]

A lei é irretroativa no sentido de que não pode voltar-se para o tempo anterior e reger casos pretéritos que já estejam acobertados pelo direito adquirido.

[...]

A lei que entra em vigor tem efeito imediato e geral, regulando, em princípio, somente os casos futuros.

[...]

O princípio de que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, sem poder reger os fatos passados que representem direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, *caput*), é absoluto, e se opõe a qualquer caso de retroatividade, seja máxima, média ou mínima. Como diz Washington de Barros Monteiro: "Todos esses casos são de retroatividade injusta, porque com ela se verifica lesão, maior ou menos, a direitos individuais". (VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2 ed. Belém: Unama, 2006, p. 131-137)

No multicitado e histórico julgamento da ADI 493, Relator o insigne Ministro Moreira Alves, o Plenário do STF estabeleceu balizas para o alcance até mesmo de lei de ordem pública (cogente) nos efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela (retroatividade mínima), assentando que, se a lei alcançasse os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente, violaria o art. 5º, XXXVI, da CF. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ação direta de inconstitucionalidade. - **Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.** - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. **Precedente do S.T.F..** - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (ADI 493, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724)

Assim, "tratando-se de contrato legitimamente celebrado, **as partes têm o direito de vê-lo cumprido, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento**, a regular, inclusive, os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. Aí, não há que invocar o efeito imediato da lei nova [...], uma lei nova não pode estender-se, com a finalidade de regê-los, aos efeitos futuros de contratos anteriormente pactuados, pois, se tal situação se revelasse possível, o Estado passaria a dispor de um temível poder de intervenção na esfera das relações contratuais privadas em curso de execução, afetando, em seus aspectos essenciais, a própria causa geradora daquelas conseqüências jurídicas"(AI 251.533, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 25/10/1999, publicado em DJ 23/11/99, p. 32).

5. Destarte, penso que não se pode cogitar de aplicação simples e direta da nova Lei n. 13.786/18 para a solução de casos anteriores ao advento do mencionado Diploma legal (retroatividade da lei, com consequente modificação jurisprudencial, com ou sem modulação).

Ainda que se possa cogitar de invocação de algum instituto da nova lei de regência para auxiliar nas decisões futuras, e apenas como norte principiológico - pois haveria mesmo necessidade de tratamento mais adequado e uniforme para alguns temas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

controvertidos -, é bem de ver que a questão da aplicação ou não da nova legislação a contratos anteriores a sua vigência está a exigir, segundo penso, uma pronta solução do STJ, de modo a trazer segurança e evitar que os jurisdicionados que firmaram contratos anteriores sejam surpreendidos, ao arrepio do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

É notória a tradição deste Colegiado de, em regra, não sufragar tese vinculante sem que tenha havido prévio debate em outros feitos propiciando adequado amadurecimento das questões envolvidas, razão pela qual reputo relevante e prudente - para ensejar segurança, evitar surpresa e permitir maior qualidade aos debates que envolvem os quatro recursos repetitivos afetados - estabelecer que não serão aplicados diretamente os dispositivos da Lei n. 13.786/2018, de 27 de dezembro de 2018, para a solução dos casos em julgamento.

É o que proponho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.721 - DF (2016/0187952-6)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO : MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055
LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS : PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077
CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA E OUTRO(S) - DF017390
AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194
INTERES. : CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS ajuizou ação de indenização por perdas e danos em face de MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA, sustentando que, no dia 5/11/2011, celebrou com a requerida contrato de promessa de compra e venda referente ao imóvel n. 703 do Bloco C do empreendimento Residencial Top Life - Long Beach, situado em Taguatinga, que estava sendo comercializado ainda na planta. Alegou que as partes pactuaram a entrega do imóvel para até o mês 12/2013, admitido prazo de tolerância de 180 dias, e que, apesar de ter cumprido com suas obrigações contratuais, deixou a requerida, no entanto, de cumprir sua prestação, verificando-se o atraso na conclusão das obras e na entrega do imóvel, situação que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manteve até a data da propositura da ação.

Sustentou que o descumprimento da obrigação contratual pela recorrida trouxe-lhe consideráveis prejuízos materiais e, então, pleiteou: a) declaração de nulidade da cláusula de tolerância quanto ao prazo de entrega do imóvel objeto do contrato; b) indenização por lucros cessantes; c) inversão dos encargos moratórios (item 4.2 do contrato) para condenar a requerida ao pagamento de multa de 2%, a incidir sobre o valor do contrato atualizado; e d) condenação da ré ao pagamento dos impostos e da taxa de condomínio até a entrega efetiva do imóvel.

A sentença de fls. 117-136 julgou procedente em parte o pedido para a) declarar nula a cláusula quinta do contrato firmado entre as partes no que concerne à fixação da data de assinatura do contrato de financiamento bancário em questão como termo inicial do prazo de entrega do imóvel; b) condenar a ré a pagar ao autor, a título de lucros cessantes, o valor mensal de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) durante o período compreendido entre 30/6/2014 e a data da efetiva entrega do imóvel à parte autora, devendo o montante apurado ser acrescido de correção monetária pelo INPC-IBGE a partir dos vencimentos mensais e de juros de mora à taxa de 1% ao mês a partir da citação (art. 405, CC/2002); c) condenar a ré a pagar à autora, a título de encargos moratórios invertidos, os percentuais de multa e os juros de mora previstos na cláusula 4.2 do contrato, os quais devem incidir sobre as parcelas do contrato que seriam devidas pela parte autora no período de 30/6/2014 até a efetiva entrega do imóvel objeto do contrato, acrescidos de correção monetária (INPC-IBGE) a partir dos vencimentos mensais e de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (art. 405 do CC/2002).

A construtora ré apelou, aduzindo, entre outros pontos, a inexistência de previsão de multa moratória a favor da apelada, não podendo o Poder Judiciário criar cláusula favorável ao consumidor com o intuito de igualar as partes, devendo, assim, ser afastada a inversão da cláusula penal em benefício do consumidor. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deu parcial provimento à apelação para, entendendo inviável a inversão da cláusula penal em proveito do consumidor, afastar a condenação ao pagamento à autora da multa moratória prevista na cláusula 4.2 do contrato, nos termos da seguinte ementa (fl. 196-197):

APELAÇÃO CÍVEL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL - INOVAÇÃO RECURSAL - INTERESSE DE AGIR - LUCROS CESSANTES - INVERSÃO DA MULTA MORATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - DESPESAS COM O IMÓVEL - RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES.

1. Caracteriza inovação recursal a apresentação, em sede de apelo, de matérias não trazidas na contestação, sendo vedado o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Demonstrada a necessidade e utilidade da ação de indenização, rejeita-se a preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir.
3. É abusiva a cláusula que prevê alteração da data de entrega do imóvel com base no contrato de financiamento porque coloca o consumidor em extrema desvantagem ao não saber ao certo a data do cumprimento da obrigação.
4. A não, entrega do imóvel no prazo previsto gera, por si só, prejuízo presumido ao adquirente, razão pela qual a ele é devida indenização por lucros cessantes.
5. Não é possível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor porque não cabe ao julgador inovar no contrato.
6. As despesas do imóvel são de responsabilidade da construtora até a entrega das chaves ao comprador.
7. Conheceu-se parcialmente e, nesta parte, deu-se parcial provimento ao apelo da ré.

Sobreveio, então, o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição da República.

Em suas razões recursais, a recorrente sustenta que o acórdão recorrido, ao não deferir a inversão da cláusula penal moratória em benefício da parte compradora, afrontou os arts. 408, 409 e 410, todos do Código Civil, bem como divergiu de julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 240-246.

Admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte Superior e, verificada a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia - possibilidade ou não de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto do contrato de compra e venda -, revelou-se imperiosa a afetação do presente recurso como representativo da controvérsia, conjuntamente com o REsp n. 1.631.485/DF, nos termos do art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 (fls. 272-280).

Em parecer apresentado às fls. 288-296, o Ministério Público Federal opinou pela fixação da seguinte tese, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015. LICITUDE DA INVERSÃO DE CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA EXCLUSIVAMENTE EM FAVOR DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO. PELA FIXAÇÃO DA SEGUINTE TESE: É LÍCITA A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA EXCLUSIVAMENTE PARA O ADQUIRENTE (CONSUMIDOR), NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO PELO FORNECEDOR POR ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO OBJETO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTRATO OU DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA.

Em vista da transcendência social, econômica e jurídica dos precedentes e das teses que serão consolidados pela jurisprudência desta Corte, realizou-se audiência pública, nos moldes do disposto no art. 185, I, do RISTJ, com a participação de pessoas e entidades com representatividade técnica na área de conhecimento a que pertenciam e atuação ou *expertise* especificamente na matéria. Destacam-se duas manifestações que mais especificamente trataram do Tema 971:

a) o Professor José Fernando Simão afirmou ser a cláusula penal compensatória e concluiu que, como tal, ela compensa os prejuízos prefixados. Ponderou: "As partes abrem mão de prova do prejuízo e prefixam para no contrato os seus danos". Seguindo essa linha, complementou:

Se a construtora - e depois vou dar uma solução jurídica que me parece adequada - impuser - e segundo o Professor Flávio Tartuce, eventualmente, indevidamente - uma cláusula penal em desfavor do consumidor, o problema é que a previsão de descumprimento daquela cláusula penal é para a prestação do consumidor. Invertê-la em desfavor da construtora é ignorar a natureza jurídica das prestações. As prestações não são iguais. Inversão de cláusula penal é criar cláusula penal em desfavor de alguém desconsiderando a diferença de prestações: dar e fazer, dar e não fazer ou fazer e não fazer. Defendeu a nulidade da cláusula abusiva, por ineficácia ou invalidação, no lugar da inversão pretendida pelo recorrente.

b) no mesmo rumo, Sylvio Capanema defendeu a impossibilidade de inversão da cláusula penal. A uma, pela diferença de natureza jurídica das prestações emanadas dos contratos em questão - de um lado, uma obrigação pecuniária e, do outro, por parte do incorporador, uma obrigação de fazer. A duas, porque o negócio jurídico é autorregulamentação dos interesses privados, não sendo possível ao Judiciário criar uma pena que não esteja prevista no contrato para uma das partes.

Juntaram memoriais aos autos os seguintes interessados: Dra. Maria Catarina Bustos Catta Preta, habilitada para participação na audiência pública referida; Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP (fls. 139-142); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (fls. 145-146); Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas de São Paulo – SINDUSCON/SP (fls. 148-151); Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON; Comissão de Direito Imobiliário da Ordem dos Advogados do Brasil/PA (fls. 153-172); Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI/SP (fls. 205-208 e 235-238); Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC; Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas de Grande Florianópolis – SINDUSCON/FPOLIS; Eduardo Abreu Biondi e Antonio Ricardo Corrêa, em nome da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Comissão de Defesa do Consumidor da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro/RJ; Dra. Amanda Moreira Monteiro (fls. 239-241); Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC; Associação Brasileira de Incorporadoras de Condomínio Fechado – ABRICONF (fls. 259-262); Dr. Darlan Geremia e Dra. Melina da Silva Geremia (fls. 284-289); Dra. Larissa Romana (fls. 290-292).

Na sessão anterior, foi deferido o ingresso de *amici curiae* e acolhida Questão de Ordem - para ensejar segurança, evitar surpresa e permitir maior qualificação dos debates que envolvem os quatro recursos repetitivos afetados -, estabelecendo que não serão aplicados diretamente os dispositivos da superveniente novel Lei n. 13.786/2018, de 27 de dezembro de 2018, para a solução dos casos em julgamento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.721 - DF (2016/0187952-6)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO : MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055
LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS : PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077
CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : WALTER JOSE FAIAD DE MOURA E OUTRO(S) - DF017390
AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194
INTERES. : CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. OMISSÃO DE MULTA EM BENEFÍCIO DO ADERENTE. INADIMPLEMENTO DA INCORPORADORA. ARBITRAMENTO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO, TOMANDO-SE COMO PARÂMETRO OBJETIVO A MULTA ESTIPULADA EM PROVEITO DE APENAS UMA DAS PARTES, PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Assinalo, de início, que a conveniência da afetação, procedida em acórdão deste Colegiado de fls. 270-280, foi constatada pela relevância do tema, pelos *amici curiae* e pelos expositores durante a longa e profícua audiência pública, que trouxe inúmeros e preciosos subsídios para a qualificação da decisão.

Ademais, consoante informação obtida no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, há 10.613 processos oficialmente sobrestados no aguardo do julgamento das duas teses afetadas, sendos 6.427 recursos referentes ao tema 971 e 4.186 referentes ao Tema 970. A Assessoria do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - Nugep informou, ainda, que é muito comum existir um número bastante superior de feitos sobrestados sem que se tenha efetuado o respectivo lançamento de decisões ou de códigos padronizados para o acompanhamento.

Outrossim, é bem de ver que, em vista da afetação dos Temas 970 e 971, os Ministros e as Turmas de Direito Privado do STJ vêm desde então se abstendo de julgar recursos especiais, devolvendo-os à origem, diante da possibilidade de consolidação, mudança ou aperfeiçoamento da jurisprudência.

Nesse sentido, mencionam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de Direito Privado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM CLÁUSULA PENAL (TEMA 970) E DE INVERSÃO DE CLÁUSULA PENAL EM FAVOR DO CONSUMIDOR (TEMA 971). MATÉRIAS AFETADAS PARA JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SUSPENSÃO DO FEITO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos no Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A matéria acerca da possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes (danos materiais) com a cláusula penal (Tema 970), bem como acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda (Tema 971), foram afetadas pela Segunda Seção ao rito dos Recursos Representativos de Controvérsia, ainda não julgados, sendo determinada a suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos.

3. Caracterizada a identidade de questão de direito submetida à sistemática dos recursos repetitivos, devem ser devolvidos os autos ao Tribunal de origem, nos termos do artigo 256, L, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1694895/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2018, DJe 22/11/2018)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. **DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. TEMA 971 DO STJ. MATÉRIA AFETADA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS.** DECISÃO IRRECORRÍVEL.

1. É firme no âmbito desta Corte o entendimento de que é irrecorrível a decisão que determina a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de aguardar-se o julgamento de matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos. Precedentes.

2. Agravo interno não conhecido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1000348/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

Assim, penso ser extremamente relevante proceder à fixação da tese, tal como antes deliberado pela Seção.

3. Do mesmo modo, é importante registrar, uma vez mais, que na Questão de Ordem, acolhida à unanimidade por este Colegiado, estabeleceu-se que não serão aplicados diretamente os dispositivos da superveniente novel Lei n. 13.786/2018, de 27 de dezembro de 2018, para a solução dos casos em julgamento.

4. A principal questão controvertida - único objeto da afetação ao rito dos recursos repetitivos - consiste em saber a possibilidade ou não de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto do contrato de compra e venda.

Acerca da questão, decidiu o acórdão recorrido (fls. 209-210):

DA NÃO INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL EM FAVOR DO CONSUMIDOR A ré, MRV Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias Ltda., apela alegando que: 1) não há previsão de multa moratória a favor da apelada; 2) não cabe ao Poder Judiciário criar cláusula favorável ao consumidor com o intuito de igualar as partes; 3) a cumulação da multa moratória com os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lucros cessantes gera dupla penalização.

Com razão a ré/apelante.

Apesar de ter entendido em julgados anteriores que seria cabível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor, revejo meu posicionamento aderindo à jurisprudência majoritária, unificando o entendimento desta 4ª Turma Cível.

Verifico que há razoabilidade no entendimento de que não é cabível a aplicação de sanção contratual sem previsão expressa porque não cabe ao julgador inovar no contrato, criando cláusula que não foi pactuada pelas partes.

Além disso, eventuais prejuízos do consumidor podem ser compensados pelas perdas e danos.

[...]

Portanto, dou provimento ao apelo da ré, MRV Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias Ltda., neste ponto, para afastar a condenação da ré de pagar à autora a multa moratória (cláusula 4.2).

No caso, como incontroverso, conforme consta da causa de pedir e do apurado pelas instâncias ordinárias, a avença a que aderiu a autora, ora recorrente, previu cláusula penal moratória prefixando a indenização apenas para o caso de inadimplemento da aderente. Na causa de pedir e no recurso especial, a autora repisa ser necessária a inversão da multa penal moratória prevista no item 4.2. do contrato por demora no pagamento da promitente compradora, no montante de 2% do valor da prestação em atraso.

Em linha introdutória, registro que, relativamente às incorporações imobiliárias, embora nada impeça que o incorporador seja o proprietário do terreno, o mais das vezes o empreendimento inicia-se "quando um indivíduo procura um proprietário do terreno bem situado [que pode ser pessoa física ou jurídica, inclusive construtora não disposta ou que esteja sem capital de giro e acesso a linha de crédito para promoção de incorporação] e incute-lhe a ideia de realizar ali a edificação de um prédio coletivo", obtendo, então, "opção do proprietário, na qual se estipulam as condições em que este aliena o imóvel". Vendidas todas as unidades, promove a regularização de transferência de domínio, reunindo em uma única escritura o vendedor e os compradores que ele nunca viu, aos quais são transmitidas as respectivas quotas ideais do terreno (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 219-220).

Logo, "na prática, a lei pretendeu abrir oportunidade a que terceiros, ligados ao exercício da atividade, pudessem desempenhar-se da incorporação, sem o investimento na compra do terreno, ao mesmo tempo em que visou incentivar os proprietários de áreas edificáveis a que permitissem a realização de um empreendimento, sem que assumissem, em nome próprio, as responsabilidades das incorporações, que são muitas" (AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 583).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Caio Mário anota, com sua autoridade de renomado doutrinador de direito privado e autor do anteprojeto que resultou na mencionada Lei de Incorporações, que é o incorporador a chave do negócio, agindo *in nomine suo* e por direito próprio pelo andamento do complexo projeto:

Como temos acentuado, o incorporador é algo mais do que um corretor e algo mais que um mandatário. Ele é a chave do negócio, como tem sido reconhecido em justiça. É ele quem promove a constituição do condomínio, quem harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado, que é o edifício todo inteiro. "Na sua qualidade de incorporador age *in nomine suo* e por direito próprio. Deve, pois, suportar, como o fundador da S.A., os riscos da sua iniciativa e as responsabilidades do andamento do plano. Tanto maior é a responsabilidade, e tanto mais pessoal é esse risco, quanto é certo que se negócio de incorporação é lucrativo. Consequentemente, há de suportar os ônus do empreendimento e deve responder civilmente com seus bens, e ainda com a sua pessoa". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 229-230)

Nessa esteira, como bem abordado pelo jurista Flávio Tartuce na audiência pública levada a efeito, os contratos de aquisição imobiliária, para além de serem contratos de consumo ou não (como no caso de imóveis adquiridos por investidores), são usualmente de adesão, "em que não há margem para negociação, ao passo que, pelo menos em regra, claro, existem exceções, as cláusulas são predispostas e são impostas ao adquirente".

A incorporação, a par de envolver uma gama de contratos coligados, demanda grande *expertise* e obtenção de dados multidisciplinares, com "visão de empresário, medindo e conjecturando a realidade local, de modo a não se lançar em uma aventura, e não obter sucesso no seu empreendimento. Daí a necessidade de estudos a cargo de profissionais em urbanismo, sociologia urbana, política e economia, a fim de oferecerem subsídios ante um investimento geralmente elevado, de modo a visualizar expectativa de, no mínimo, relativo sucesso nas vendas. Somente assim é alcançada a percepção das tendências do mercado, não bastando o mero tino empresarial, ou a sensibilidade do empreendedor" (RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 294)

É dizer: o incorporador, diante da multiplicidade de funções que exerce para dar seguimento ao empreendimento por ele idealizado, acaba desenvolvendo as atividades referidas na segunda parte do art. 3º do CDC.

Em suma, como exposto em audiência pública pelo economista Gustavo Franco, cuida-se de negócio com muito risco envolvido, pois o incorporador começa o processo, depois de um projeto, vendendo a descoberto um bem que vai construir com o produto da venda, antes mesmo de ela existir. Quando a construção se encerra, diz-se na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

linguagem econômica que o empreendimento está "performado", momento em que passa a constituir uma garantia para o agente financeiro entrar no processo e efetivar o usualmente necessário financiamento do restante da compra. A "velocidade na entrega" também atende ao interesse da incorporadora, sendo "o quesito número um para determinar a lucratividade da atividade".

5. Nesse passo, é consabido que a cláusula penal constitui pacto secundário acessório - uma condição - por meio do qual as partes determinam previamente uma multa (usualmente em pecúnia), consubstanciando indenização para o caso de inadimplemento absoluto ou de cláusula especial, hipótese em que se denomina **cláusula penal compensatória**. Ou mesmo, como no presente caso, pode ser estabelecida para prefixação de indenização por inadimplemento relativo (quando ainda se mostrar útil o adimplemento, ainda que tardio; isto é, defeituoso), recebendo, nesse caso, a denominação de **cláusula penal moratória**.

Dessarte, o estabelecimento, da prefixação da multa no próprio contrato, atende aos interesses de ambas as partes, incluindo o do devedor em mora, na medida em que inequivocamente propicia segurança jurídica às partes ao dispensar a prova do dano, muitas vezes onerosa e difícil, podendo levar até mesmo a litígios que devem ser dirimidos por juiz ou árbitro.

Com efeito, a interpretação dos arts. 389, 394 e 487 do CC deixa nítido que, não cumprida a obrigação no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir, se ainda lhe for útil, o cumprimento da obrigação principal, indenização por perdas e danos, mais juros de mora, atualização monetária e, se necessário o ajuizamento de ação, honorários advocatícios.

A um só tempo, consagrando o princípio da reparação integral dos danos e prevenindo o enriquecimento sem causa do lesionado pela mora, o art. 402 do CC estabelece que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Observa-se, por oportuno, que a natureza da cláusula penal não exige, para o seu estabelecimento, o emprego das expressões tradicionais (cláusula penal, pena convencional ou multa). Ela existe e produz seus efeitos, desde que os interessados se sirvam desses e de outros termos equivalentes. Por outro lado, pode acontecer que não se trate de cláusula penal, embora os interessados assim o tenham expressado. Cumpre, em tal hipótese, pesquisar a verdadeira intenção das partes contratantes. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direito das obrigações*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421-431).

Nesse rumo, destaca Pablo Rentería:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por isso a individualização da tutela de cada contrato deve partir igualmente da análise de seu perfil funcional, ou seja, além de questionar quem contrata e o quê, é preciso também investigar as razões do contrato, ou seja, as finalidades que as partes perseguem por meio da execução do contrato. Esta questão é de grande importância e, em certos aspectos, superior às outras, pois é ela que permite que se projete na tutela contratual os valores do ordenamento que são relevantes para aquele concreto regulamento de interesses. (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 298).

De fato, como é notório e bem exposto em audiência pública pelo jurista Sylvio Capanema de Souza, usualmente, nos contratos de promessa de compra e venda, há cláusula estabelecendo multa que varia de 0,5% a 1% do valor total do imóvel a cada mês de atraso, pois representa o aluguel que o imóvel alugado, normalmente, produziria ao locador.

Menciona-se precedente deste Colegiado (EResp n. 1.341.138/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti), assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. LUCROS CESSANTES. PREJUÍZO PRESUMIDO.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador.

2. A citação é o marco inicial para a incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes.

3. Embargos de divergência acolhidos.

(EResp 1341138/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 22/05/2018)

No mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

Prevalece nessa Corte o entendimento esposado no paradigma e nos demais acórdãos apresentados pelos embargantes, qual seja, **descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da transação.**

[...]

São devidos, portanto, lucros cessantes aos embargantes, correspondentes ao valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel (de setembro de 1989, data incontroversa, conforme sentença, à fl. e-STJ 906, até abril de 2000, data do ingresso dos autores em sua posse, conforme decidido pelo acórdão recorrido, e-STJ, fls. 1296-97). Deverão aos autos, todavia, retornar ao Tribunal de origem para que se manifeste a respeito do valor locatício do bem no período, uma vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o valor definido pela sentença, com base na perícia, foi objeto de impugnação na apelação da ora embargada e, em se tratando de matéria de fato controvertida, não cabe seu exame pelo STJ.

Os juros de mora, em responsabilidade contratual, devem incidir a partir da citação. A propósito:

Embora por dever lealdade não se desconheça haver alguns precedentes, um inclusive de minha relatoria - a grande maioria em sede de agravo interno, sem maior debate ou reflexão -, apontando a natureza de pena da cláusula moratória, na verdade, a sua natureza é eminentemente reparatória, ostentando, reflexamente, função dissuasória.

A reparação civil como também a punição ostentam função dissuasória. A dissuasória, no âmbito da responsabilidade civil (contratual ou extracontratual), diferencia-se da meramente punitiva por buscar dissuadir condutas futuras, mediante reparação/compensação dos danos individuais (FACCHINI NETO, Eugênio. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 164).

Tanto é assim que o art. 412 do CC/2002, em linha com as mais modernas legislações que se extraem do direito comparado e com a natureza meramente reparatória da cláusula penal moratória, estabelece, prevenindo o enriquecimento sem causa do lesionado, que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Já o art. 413 do Diploma civilista, na mesma linha de claramente conferir caráter reparatório, e não meramente punitivo, da cláusula penal, dispõe que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

A doutrina amplamente majoritária anota a natureza eminentemente indenizatória da cláusula penal moratória quando fixada de maneira adequada:

A fim de escapar às dificuldades inerentes à demonstração e quantificação dos prejuízos decorrentes de um eventual inadimplemento, as perdas e danos podem ser fixadas por cláusula penal, como expressamente autoriza o Código Civil (ver comentários aos arts. 408 a 416).

[...]

A cláusula penal serve, de um lado, como prefixação de perdas e danos devidas em caso de inadimplemento; e, de outro, como reforço da obrigação ou estímulo ao devedor para o cumprimento da prestação.

[...]

Estudos mais recentes têm, todavia, rejeitado a combinação de uma função punitiva com uma função compensatória, insistindo na precisa distinção entre as cláusulas de função punitiva ou sancionatória, e aquelas de liquidação antecipada do dano, destinadas a pré-fixar o montante da indenização.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] a cláusula penal não se confunde com outras penalidades de natureza processual, como as chamadas *astreintes*, que têm por finalidade "compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento". (TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado*: artigos 233 a 420. São Paulo: Atlas, 2008, p. 376, 390 e 391)

Sob esse primeiro aspecto a *stipulatio poenae* destina-se, portanto, a assegurar o exato cumprimento da obrigação; *b) ela fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante. Constitui, assim, liquidação à forfait, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não cumprimento da avença.* Estipulando-a, como diz GIORGI, deixam os contratantes expresso que desejam, por esse modo, furtar-se aos incômodos da liquidação e da prova, que, muitas vezes, não são simples nem fáceis, requerendo tempo e despesa.

Vislumbram-se destarte, nitidamente, as duas faces da cláusula penal (intimidação e ressarcimento). De um lado, como meio de pressão, ela reforça o vínculo, compelindo o devedor a honrar sua palavra; de outro, como instrumento de indenização, fixa *a priori* cifra que o contratante terá de pagar, caso se torne inadimplente, isto é, converte em *res certa* aquilo que é incerto.

Suas afinidades com outras obrigações - Dessa segunda função da cláusula penal decorre, num relance, sua estreita analogia com as perdas e danos. Efetivamente, no fundo, os prejuízos regulados pelo art. 402 do Código Civil de 2002 e os prefixados numa cláusula penal são da mesma natureza, consistindo na sua redução a determinada soma em dinheiro (*pecuniae estimatio*). A diferença é que, na pena convencional, o *quantum* vem de antemão arbitrado pelas próprias partes interessadas, enquanto nas perdas e danos fixa o juiz seu montante, após regular liquidação, ou comprovação.

[...]

Espécies - A cláusula penal poder referir-se: *a)* à inexecução completa da obrigação; *b)* à de alguma cláusula especial; *c)* à mora, simplesmente (Cod. Civil de 2002, art. 409). Nos dois primeiros casos (letras *a* e *b*), denomina-se *compensatória*, e, no último (letra *c*), *moratória*.

[...]

À pena convencional terá direito o credor, sem dependência da prova de prejuízo efetivo.

[...]

Vejamos, por fim, a hipótese da letra *c*, vale dizer, estipulação de cláusula penal para o caso de simples mora. Em tal conjuntura consoante a mesma regra do art. 411 do Código Civil de 2002, ao credor cabe reclamar simultaneamente a pena convencional e a prestação principal.

[...]

Dada a circunstância apontada, que possibilita a cumulação das prestações, não costuma ser elevada a multa moratória. Há quem se recomende até que se tenha em vista o valor da pena, para se poder caracterizá-la como moratória ou compensatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Nosso Código Civil de 2002, porém, repita-se, num dispositivo prudente e que se aplica tanto às obrigações civis como às mercantis, põe freio ao individualismo das partes: o valor da multa não pode exceder o da obrigação principal. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direito das obrigações*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421-431)

Dispõe o art. 402 do Código Civil que, "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. **Essa norma se conecta aos arts. 186 e 927 do Código Civil, para ressaltar que no direito civil a inexistência do dano é óbice à pretensão de qualquer espécie de reparação.**

[...]

Todavia, quando a conduta praticada for contrária a uma relação obrigacional particularizada e preexistente, ofendendo-se um dever positivo de dar, fazer ou não fazer, ingressamos na seara da responsabilidade civil negocial, que será imputada àquele que gerou danos à outra parte da relação jurídica. A obrigação de ressarcir decorre tanto da inexecução total do vínculo obrigacional - *inadimplemento absoluto* - como do parcial - *mora*.

[...]

Os arts. 403 e 944 do Código Civil dispõem que a indenização será mensurada pela extensão do dano. Portanto, na aferição do *quantum* indenizatório, é prescindível a aferição do grau de culpa do agente, sendo suficiente a preocupação do magistrado com o vulto concreto dos prejuízos.

[...]

O que significaria a sentença que inicia o comando do art. 402 do Código Civil, "salvo as exceções expressamente previstas em lei"? Em algumas hipóteses taxativamente abordadas no Código Civil e localizadas na responsabilidade contratual, a prova do prejuízo pelo credor será dispensada. É o que se dá na imposição de pleno direito dos juros moratórios e cláusula penal (arts. 407 e 416, CC).

Por último, deve-se atentar para a parte final do art. 403 do Código Civil: "as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato". (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de direito civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 680)

Quando as partes estabelecem cláusula penal, torna-se desnecessário o arbitramento, porque já houve prévia fixação da indenização a ser paga pelo devedor em caso de inadimplemento. (LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 736)

O intérprete não vai encontrar o conceito de mora no CDC, devendo, então, recorrer ao art. 394 do Código Civil, para, inclusive, aplicá-lo às relações de consumo.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, se no contrato de consumo for pactuada a cláusula penal, seja ela moratória ou compensatória, o seu valor funciona como esse limite em favor do consumidor. Ora, o art. 416, parágrafo único, do Código Civil é claro ao preceituar que, ao se estabelecer uma cláusula penal, o credor não precisa provar seu prejuízo para executá-la [...]. (KHOURI, Paulo Roque R. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.120-121)

É bem por isso que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, analisando o CC/2002, promove a arguta observação acerca do Título IV do Livro Primeiro, que disciplina o inadimplemento das obrigações, ou seja, as que não são levadas a bom termo ou que lá chegaram de forma defeituosa, incompleta: se "atentarmos, juntos, eu e vocês, às principais alterações, aquelas mais interessantes e revolucionárias que se encontram neste último Título **relativo ao inadimplemento das obrigações são regras de responsabilidade civil e não de teoria geral das obrigações**" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedrioza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coords.) *Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual*. São Paulo: Método, 2011, p. 168-170).

Diante desse cenário, havendo cláusula penal no sentido de prefixar, em patamar razoável, a indenização, não cabe a cumulação posterior com lucros cessantes.

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de Direito Privado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ACORDO JUDICIAL. PAGAMENTO EM PRESTAÇÕES. ATRASO. CLÁUSULA PENAL. INADIMPLENTO DE PEQUENA MONTA. PAGAMENTO PARCIAL. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA. PACTA SUNT SERVANDA. ART. 413 DO CC/02. AVALIAÇÃO EQUITATIVA. CRITÉRIOS. PECULIARIDADES.

1. Cinge-se a controvérsia a determinar se: a) é um dever ou uma faculdade a redução da cláusula penal pelo juiz, na hipótese de pagamento parcial, conforme previsão do art. 413 do CC/02; b) é possível e com qual critério deve ocorrer a redução do valor da multa na hipótese concreta.

2. O valor estabelecido a título de multa contratual representa, em essência, a um só tempo, a medida de coerção ao adimplemento do devedor e a estimativa preliminar dos prejuízos sofridos com o inadimplemento ou com a mora.

3. No atual Código Civil, o abrandamento do valor da cláusula penal em caso de adimplemento parcial é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, os quais convivem harmonicamente com a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda.

4. A redução da cláusula penal é, no adimplemento parcial, realizada por avaliação equitativa do juiz, a qual relaciona-se à averiguação proporcional da utilidade ou vantagem que o pagamento, ainda que imperfeito, tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oferecido ao credor, ao grau de culpa do devedor, a sua situação econômica e ao montante adimplido, além de outros parâmetros, que não implicam, todavia, necessariamente, uma correspondência exata e matemática entre o grau de inexecução e o de abrandamento da multa.

5. Considerando, assim, que não há necessidade de correspondência exata entre a redução e o quantitativo da mora, que a avença foi firmada entre pessoas jurídicas - não tendo, por esse motivo, ficado evidenciado qualquer desequilíbrio de forças entre as contratantes -, que houve pequeno atraso no pagamento de duas prestações e que o adimplemento foi realizado de boa-fé pela recorrente, considera-se, diante das peculiaridades da hipótese concreta, equitativo e proporcional que o valor da multa penal seja reduzido para 0,5% do valor de cada parcela em atraso.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1641131/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO CIVIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE CELEBRADO ENTRE REDE DE TELEVISÃO E APRESENTADOR (ÂNCORA) DE TELEJORNAL. ART. 413 DO CDC. CLÁUSULA PENAL EXPRESSA NO CONTRATO.

1. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil - cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação principal -, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido. Há dois tipos de cláusula penal, o vinculado ao descumprimento total da obrigação e o que incide quando do incumprimento parcial desta. A primeira é denominada pela doutrina como compensatória e a segunda como moratória.

[...]

8. Recursos especiais não providos.

(REsp 1186789/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 13/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. SOBRESTAMENTO. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. LUCROS CESSANTES E CLÁUSULA PENAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A afetação de recurso especial ao rito dos recursos repetitivos não impõe, necessariamente, a suspensão dos processos em curso no STJ, conforme decidido pela Segunda Seção desta Corte, no julgamento do AgRg na Rcl 27.689/MG, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro.

2. Inviável a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame de matéria de fato em recurso especial, por óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. No caso dos autos, é vedada a alteração das conclusões do acórdão recorrido a respeito da caracterização da cláusula penal como compensatória, e não moratória, como pretende a recorrente.

4. Celebrado acordo entre as partes, sem a participação do advogado, cabível a execução da verba honorária, não atingida pela transação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 764.552/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 31/10/2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE LUCROS CESSANTES CORRESPONDENTES AO VALOR MÉDIO DE ALUGUEL DO IMÓVEL OBJETO DO CONTRATO. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA RECONSIDERAR PARCIALMENTE A DECISÃO AGRAVADA E, EM NOVA ANÁLISE, CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que, reconhecida a culpa do promitente vendedor no atraso da entrega de imóvel, os lucros cessantes são presumidos e devem corresponder à média do aluguel que o comprador deixaria de pagar.

2. Na espécie, a decisão agravada deve ser parcialmente reformada, para condenar os ora agravados ao pagamento de lucros cessantes à parte ora agravante correspondentes ao valor médio de aluguel do imóvel objeto deste processo desde junho de 2013 até a efetiva entrega das chaves.

3. Agravo interno provido para reconsiderar parcialmente a decisão agravada e, em nova análise, dar parcial provimento ao recurso especial.

(AgInt no REsp 1723050/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. LUCROS CESSANTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Segunda Seção, no julgamento dos EREsp 1.341.138/SP, de relatoria da eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (julgado em 9/5/2018 e publicado no DJe de 22/05/2018), concluiu que, "descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da transação", de modo que a indenização dos lucros cessantes deve ser calculada com base no valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel, o que, no caso dos autos, será apurado em liquidação de sentença.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp 921.095/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POSTULANDO O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTORAL COM CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CLÁUSULA PENAL AVENÇADA. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA CONTRATUAL PELA CORTE ESTADUAL.

1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes.

2. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

3. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada.

4. Superou-se, assim, o princípio da imutabilidade absoluta da pena estabelecida livremente entre as partes, que, à luz do código revogado, somente era mitigado em caso de inexecução parcial da obrigação.

5. O controle judicial da cláusula penal abusiva exsurgiu, portanto, como norma de ordem pública, objetivando a concretização do princípio da equidade - mediante a preservação da equivalência material do pacto - e a imposição do paradigma da eticidade aos negócios jurídicos.

6. Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa.

7. Por sua vez, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, deverá o juiz, de ofício e à luz do princípio da equidade, verificar se o caso reclamará ou não a redução da cláusula penal fixada.

8. Assim, figurando a redução da cláusula penal como norma de ordem pública, cognoscível de ofício pelo magistrado, ante sua relevância social decorrente dos escopos de preservação do equilíbrio material dos contratos e de repressão ao enriquecimento sem causa, não há falar em inobservância ao princípio da adstrição (o chamado vício de julgamento extra petita), em preclusão consumativa ou em desrespeito aos limites devolutivos da apelação.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1447247/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 04/06/2018)

Nessa linha de intelecção, diante de alentado estudo apresentado em palestra proferida no auditório do STJ, em 25/4/2018, a douta Ministra Maria Isabel Gallotti, pontuou, *in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verbis:

Aqui também se põe a mesma observação: a definição da tese há de levar em consideração a natureza da cláusula penal e não apenas o rótulo a ela dado no contrato. Se a cláusula penal incide todos meses, tendo como base de cálculo o valor do total do contrato, vale dizer, o valor do imóvel, é certo que se destina a coibir a mora da empresa na entrega do imóvel, mas também compensa o prejuízo sofrido mensalmente com a privação do uso imóvel, cujo valor locatício, como é notório, não ultrapassa no mercado, em regra, de 0,5% a 1% ao mês do valor do bem.

Diversa é a situação de multa moratória incidindo sobre o valor total do bem, mas apenas uma única vez, quando, então, naturalmente, não compensará a despesa (ou a perda da fruição) mensal do consumidor em decorrência do não cumprimento do prazo de entrega.

6. Desse modo, consoante iterativa jurisprudência do STJ, em caso de inadimplemento (absoluto ou relativo), se houver omissão do contrato, cabe, por imperativo de equidade, inverter a cláusula contratual penal (moratória ou compensatória), que prevê multa exclusivamente em benefício da promitente vendedora do imóvel.

No entanto, esses precedentes visam, justa e simetricamente à manutenção do equilíbrio da base contratual para a adequada reparação do dano, tomando a cláusula penal estipulada em benefício de apenas uma das partes como parâmetro objetivo, inclusive ressaltando, por exemplo, o abatimento do valor de um aluguel por mês de uso do imóvel.

Note-se:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA (VENDEDOR). DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO USO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO, A TÍTULO DE SUCUMBÊNCIA, DE LAUDO CONFECCIONADO EXTRAJUDICIALMENTE PELA PARTE VENCEDORA. DESCABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 19 E 20 DO CPC. **INVERSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA MULTA EXCLUSIVAMENTE EM BENEFÍCIO DO FORNECEDOR, PARA A HIPÓTESE DE MORA OU INADIMPLEMENTO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE.**

1. Apesar de a rescisão contratual ter ocorrido por culpa da construtora (fornecedor), é devido o pagamento de aluguéis, pelo adquirente (consumidor), em razão do tempo em que este ocupou o imóvel. O pagamento da verba consubstancia simples retribuição pelo usufruto do imóvel durante determinado interregno temporal, rubrica que não se relaciona diretamente com danos decorrentes do rompimento da avença, mas com a utilização de bem alheio. Daí por que se mostra desimportante indagar quem deu causa à rescisão do contrato, se o suporte jurídico da condenação é a vedação do enriquecimento sem causa. Precedentes.

2. Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Assim, mantém-se a condenação do fornecedor - construtor de imóveis - em restituir integralmente as parcelas pagas pelo consumidor, acrescidas de multa de 2% (art. 52, § 1º, CDC), abatidos os aluguéis devidos, em vista de ter sido aquele, o fornecedor, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel.

3. Descabe, porém, estender em benefício do consumidor a cláusula que previa, em prol do fornecedor, a retenção de valores a título de comissão de corretagem e taxa de serviço, uma vez que os mencionados valores não possuem natureza de cláusula penal moratória, mas indenizatória.

[...]

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 955.134/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MULTA MORATÓRIA. PREVISÃO CONTRATUAL DE COMINAÇÃO DE MULTA APENAS EM FACE DA MORA DO CONSUMIDOR. ASSIMETRIA A MERECER CORREÇÃO. HARMONIA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. **EQUILÍBRIO CONTRATUAL A SER RESTABELECIDO.** NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. PATENTE INOVAÇÃO POR PARTE DO RECORRENTE ACERCA DE QUESTÕES ALEGADAMENTE OMISSAS, MAS NÃO SUSCITADAS EM MOMENTO OPORTUNO.

1. Ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo buscando restabelecer o equilíbrio de contrato de adesão relativo a fornecimento de produtos, aplicando a mesma multa prevista para a mora do consumidor para as hipóteses de atraso na entrega das mercadorias ou de devolução imediata dos valores pagos.

2. Inocorrência de violação ao disposto no art. 535 do CPC/73, quando o acórdão recorrido dá expressa solução às questões centrais, mesmo que não examine pontualmente cada um dos argumentos suscitados pelas partes. Caso concreto em que se alega omissão em relação a questões que sequer foram devolvidas quando da interposição de recurso de apelação.

3. Possibilidade de intervenção judicial nos contratos padronizados de consumo de modo a restabelecer o sinalagma negocial, fazendo incidir a mesma multa prevista para a mora do consumidor nos casos de atraso na entrega dos produtos ou de devolução imediata dos valores pagos quando exercido o direito de arrependimento, com fundamento tanto no CDC, como no próprio Código Civil (arts. 395, 394 e 422) ao estatuir os efeitos da mora e a submissão dos contratantes à boa-fé objetiva.

4. Manifesta abusividade na estipulação de penalidade apenas para o descumprimento das obrigações imputadas ao consumidor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aderente ao contrato sem nada estatuir acerca da mora do fornecedor.

5. Manutenção da decisão que, reequilibrando a relação de consumo, determina a integração dos contratos celebrados pela ré da previsão de multa de 2% sobre o valor do produto no caso de descumprimento do prazo de entrega ou de atraso na devolução dos valores pagos quando exercido o direito de arrependimento. **Precedente.**

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1548189/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 06/09/2017)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MORA DO PROMITENTE VENDEDOR. CLÁUSULA PENAL. INVERSÃO. POSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. "É possível a inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor, na hipótese de inadimplemento do promitente vendedor, consubstanciado na ausência de entrega do imóvel no prazo pactuado" (REsp n. 1.665.550/BA, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 16/5/2017).

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ).

3. No caso, o Tribunal de origem, examinando a prova dos autos, fixou em 1% (um por cento) ao mês a indenização por lucros cessantes. Alterar tal conclusão, a fim de reduzir o valor, demandaria nova análise dos elementos fáticos dos autos, inviável em recurso especial.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 706.499/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 16/06/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. IMÓVEL. **ATRASO NA ENTREGA. INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ.** PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CLÁUSULA PENAL. REVISÃO. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC E HONORÁRIOS RECURSAIS DO ART. 85, § 11º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir o óbice da Súmula nº 7 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A jurisprudência desta Corte reconhece a possibilidade de inversão da cláusula penal em favor do consumidor, no caso de inadimplemento do promitente vendedor. Precedentes. Súmula nº 83 do STJ.

4. Em razão da improcedência do presente recurso, e da anterior advertência em relação à incidência do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa e a majoração dos honorários advocatícios em 2%, nos termos do art. 85, § 11º, do NCPC, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

5. Agravo interno não provido, com imposição de multa e majoração da verba honorária.

(AgInt no AREsp 985.690/AM, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 03/04/2017)

Deveras, as diretrizes da socialibilidade e da eticidade foram alçadas pelo CC/2002 a postulados fundamentais. Nesse passo, os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugna a teoria preceptiva.

Em tese de doutorado, Rodrigo Toscano de Brito propugna que a ideia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, bem rememorando o multicitado escólio de Miguel Reale, defendendo que o princípio do equilíbrio econômico dos contratos revela-se como base ética de todo o direito obrigacional:

Sabendo que as obrigações se realizam primordialmente por meio dos contratos, **fácil é notar que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, como aliás deve-se frisar, a partir das lições de Miguel Reale.**

[...]

Aliás, Miguel Reale, em seu tradicional trabalho sobre a visão geral do Código Civil, é incisivo sobre o assunto, ao dizer: "O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contatos como base ética de todo o direito obrigacional".

[...] pode o magistrado, em dada discussão contratual, perquirir sobre o que é justo e procurar o equilíbrio da contratação que esteja, eventualmente, arrebatada por um desequilíbrio, beneficiando uma das partes e prejudicando a outra.

[...]

É de igual forma importante dizer que os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva não podem ser vistos de modo estanque, como se cada um partisse para o fronte em campanha solitária.

[...]

Diz-se isso também para reverberar que o conceito de equivalência material conta, necessariamente, com a noção da boa-fé objetiva. De fato, os limites da relação interna entre os contratantes são encontrados a partir do dever de lealdade e de confiança, de forma que não há dúvida sobre o conteúdo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário da boa-fé objetiva para o alcance da equivalência material.

[...]

Ou seja, a necessidade de manutenção de um equilíbrio, durante todas as fases contratuais, deve ser considerada objetivamente, de forma que, havendo um deslocamento considerável ou distanciamento entre a prestação e a contraprestação, estas devem ser reaproximadas por critérios objetivos.

[...]

No Brasil, sem embargo, quem melhor visualiza o princípio da equivalência material, dando sua dimensão mais realista e, principalmente, situando-o em relação aos demais princípios sociais, é Paulo Luiz Netto Lôbo. Com efeito, segundo ele, "o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização de interesses". (BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16)

Mutatis mutandis, apenas para um exercício de comparação, o art. 478 do CC dispõe que, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato, ao tempo que o art. 479 estabelece que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Nessa toada, leciona a doutrina abalizada que "o Código Civil postula pelo equilíbrio da contratação [...]. O equilíbrio é pressuposto inerente a qualquer contratação, como imperativo ético do ordenamento jurídico" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 233-234).

No âmbito consumerista (caso da presente relação contratual, em que a promitente compradora pretende residir no imóvel), as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem levar em conta o art. 4º daquele diploma, que contém uma espécie de lente pela qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e os princípios que devem ser respeitados - entre os quais se destacam, no que interessa ao caso concreto, a "harmonia das relações de consumo" e o "equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

O magistério de Eros Roberto Grau explicita bem a forma pela qual devem ser entendidos os objetivos e os princípios adotados pelo CDC, sobretudo no art. 4º:

[...] eu diria que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma-objeto, porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados. **Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código do Consumidor,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º. Para que existem, por que existem essas normas? Para instrumentar a realização dos fins definidos no art. 4º. Assim, todas as normas de organização e conduta contidas no Código do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do intérprete, mas porque essa é uma imposição do próprio Código. O que significa isso? Sabemos que a interpretação não é uma ciência, é uma prudência. Nela chegamos a mais de uma solução correta, tendo de fazer uma opção por uma delas. A circunstância de existirem normas-objeto que determinam a interpretação de normas de organização e de conduta estreita terrivelmente a possibilidade dessa opção, **porque a única interpretação correta é aquela que seja adequada à instrumentação da realização dos fins, no caso, os fins estipulados no art. 4º do CDC. (GRAU, Eros Roberto. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), pp. 165-166, sem grifo no original).**

A par da exigência de que as relações entre consumidores e fornecedores devem ser equilibradas (art. 4º, inciso III), tem-se também como um direito básico do consumidor a "igualdade nas contratações" (art. 6º, inciso II), além de outros direitos não previstos no CDC, mas que derivam "dos princípios gerais de direito" e da "equidade" (art. 7º).

Não fosse o bastante, o art. 51, ao enumerar algumas cláusulas tidas por abusivas, deixa claro que, nos contratos de consumo, deve haver reciprocidade de direitos entre fornecedores e consumidores, mostrando-se abusivas, por exemplo, as cláusulas contratuais que:

- IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

É relevante notar também que a Portaria n. 4, de 13/3/1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) previu como abusivas as cláusulas que: "6- estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em desfavor do consumidor".

Ressalte-se, no entanto, que as disposições contidas em normas infralegais, por expressa disposição do CDC, inserem-se na categoria de outros direitos "decorrentes [...] de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes" (art. 7º, CDC).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.990/DF, que impugnava o Decreto n. 2.181/97 e a Portaria n. 3, de 19/3/1999, da SDE/MJ, sufragou a tese de ser possível a existência de novas cláusulas abusivas acrescentadas ao sistema consumerista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo legislador infraconstitucional - como foi o caso do mencionado Decreto e das portarias da SDE/MJ -, não havendo falar-se, segundo o entendimento do STF, de ofensa ao texto constitucional (ADI 1990/DF, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/1999, DJ 25/6/1999).

Finalmente, destaco que é tendência mundial exigir reciprocidade entre as multas impostas ao consumidor e ao fornecedor, o que foi adotado na Diretiva n. 93/13, do Conselho da Comunidade Econômica Europeia (CEE), de 5/4/93, nos termos do art. 1º, alínea d, do Anexo:

1. Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito:

[...]

d) Permitir ao profissional reter montantes pagos pelo consumidor se este renunciar à celebração ou execução do contrato, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional uma indenização de montante equivalente se for este a renunciar.

7. À vista disso, seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no CDC, ou, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de estipular cláusula penal exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou de inadimplemento contratual absoluto, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor em situações de análogo descumprimento da avença.

Destarte, prevendo o contrato a incidência de multa para o caso de inadimplemento por parte do consumidor, a mesma multa deverá ser considerada para o arbitramento da indenização devida pelo fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento absoluto.

No já referido estudo apresentado pela eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, em palestra proferida no STJ, em 25/4/2018, Sua Excelência ressaltou:

Digna de nota é também a jurisprudência do STJ que, diante da previsão no contrato de multa moratória apenas em favor do fornecedor em caso de inadimplência do consumidor, determina a inversão da cláusula penal em favor do consumidor, caso haja mora da construtora na data aprazada para a entrega do imóvel. Essa questão foi afetada para julgamento pela 2ª Seção, em processo da relatoria do ministro Salomão:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INVERSÃO, A FAVOR DO CONSUMIDOR, DA CLÁUSULA PENAL. 1. Delimitação da controvérsia: Definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda.

2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/15.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(ProAfR no REsp 1614721/DF, rel. ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/4/17, DJe 3/5/17)

Realmente, há casos em que a iniciativa do rompimento do contrato é do consumidor, quando excedido o prazo para a entrega da obra. Nessa hipótese a ausência de penalidade em prol do consumidor adimplente, privado de seu capital, pode ensejar a inversão da cláusula penal prevista no contrato somente em proveito do fornecedor.

Devem ser consideradas, porém, as peculiaridades do caso, e se adequada e equitativa a forma como está sendo determinada a inversão. Por exemplo, a multa moratória fixada para caso de atraso do consumidor incide apenas sobre a prestação não paga no vencimento. A inversão, para determinar a incidência do mesmo percentual sobre o valor total do imóvel, incidindo a cada mês de atraso, parece não constituir uma mera inversão da multa moratória, podendo representar valor divorciado da realidade de mercado, desestabilizador da relação contratual, ou ser considerado razoável se entendido, cumulativamente, como sanção moratória e compensatória da privação do uso do imóvel no período de atraso na entrega do empreendimento.

Por certo, conforme assegurado pelos expositores na audiência pública, verificando-se algumas decisões prolatadas no âmbito das instâncias ordinárias, constitui equívoco frequente simplesmente inverter, sem observar a técnica própria, a multa moratória referente à obrigação do adquirente de dar (pagar), para então incidir em obrigação de fazer, resultando em indenização pelo inadimplemento contratual em montante exorbitante, desproporcional, a ensejar desequilíbrio contratual e enriquecimento sem causa, em indevido benefício do promitente comprador.

Consequentemente, penso que a inversão, para determinar a incidência do mesmo percentual sobre o preço total do imóvel, incidindo a cada mês de atraso, não constitui, em verdade, simples "inversão da multa moratória", podendo, isto sim, representar valor divorciado da realidade de mercado, a ensejar enriquecimento sem causa.

Portanto, a obrigação da incorporadora é de fazer (prestação contratual, consistente na entrega do imóvel pronto para uso e gozo), já a do adquirente é de dar (pagar o valor remanescente do preço do imóvel, por ocasião da entrega). E só haverá adequada simetria para inversão da cláusula penal contratual se houver observância de sua natureza, isto é, de prefixação da indenização em dinheiro pelo período da mora.

Como é cediço, nos casos de obrigações de natureza heterogênea (por exemplo, obrigação de fazer e obrigação de dar), impõe-se sua conversão em dinheiro, apurando-se valor adequado e razoável para arbitramento da indenização pelo período de mora, vedada sua cumulação com lucros cessantes. Feita essa conversão, geralmente obtida por meio de arbitramento, é que, então, seria possível a aplicação/utilização como parâmetro objetivo, para manutenção do equilíbrio da avença, em desfavor daquele que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redigiu a cláusula:

Os obstáculos começam a surgir quando uma e outra objetivam parcelas parcelas ou prestações de natureza heterogênea. Impõe-se, em tal hipótese, sua redução a dinheiro, denominador comum de todas as obrigações. Feita essa redução, geralmente obtida através de arbitramento, difícil não será averiguar se se cumpriu a regra do art. 411 do Código Civil de 2002. Convenha-se, entretanto, que, em tal caso, se prive a cláusula penal de uma de suas mais assinaladas vantagens, a eliminação de contestações entre as partes. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direito das obrigações*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 434)

Quanto ao ponto, nas hipóteses de inadimplemento, a multa estabelecida por mora referente à obrigação de pagar (de dar), no percentual de 2% de uma das prestações contratuais eventualmente inadimplida, como no caso, não poderá, por questão de simetria, incidir sobre todo o preço do imóvel que deveria ter sido entregue (obrigação de fazer).

Além disso, como a cláusula penal moratória visa indenizar, não há falar em cumulação com lucros cessantes, mas tão somente com atualização monetária e juros de mora a contar da citação (data da constituição em mora).

Cita-se precedente deste Colegiado (EREsp 1.341.138/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti), assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. LUCROS CESSANTES. PREJUÍZO PRESUMIDO.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador.

2. A citação é o marco inicial para a incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes.

3. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 1341138/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 22/05/2018)

No citado precedente, Sua Excelência dispôs:

Prevalece nessa Corte o entendimento esposado no paradigma e nos demais acórdãos apresentados pelos embargantes, qual seja, **descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da transação.**

[...]

São devidos, portanto, lucros cessantes aos embargantes, correspondentes ao valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel (de setembro de 1989, data incontroversa, conforme sentença, à fl. e-STJ 906,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

até abril de 2000, data do ingresso dos autores em sua posse, conforme decidido pelo acórdão recorrido, e-STJ, fls. 1296-97). Deverão aos autos, todavia, retornar ao Tribunal de origem para que se manifeste a respeito do valor locatício do bem no período, uma vez que o valor definido pela sentença, com base na perícia, foi objeto de impugnação na apelação da ora embargada e, em se tratando de matéria de fato controvertida, não cabe seu exame pelo STJ.

Os juros de mora, em responsabilidade contratual, devem incidir a partir da citação. A propósito:

8. A tese, portanto, do recurso repetitivo, é a seguinte:

No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

9. No caso concreto, a recorrente pretende a "inversão" da cláusula contratual, cumulando com lucros cessantes correspondentes ao valor de mercado do aluguel do imóvel objeto do contrato, a caracterizar soma de verbas de mesma natureza e escopo (eminentemente compensatórias).

Assim, dou parcial provimento ao recurso especial para estabelecer a possibilidade de a autora, ora recorrente, optar pela indenização pelo período de mora, tomando-se como parâmetro a cláusula penal moratória estabelecida apenas em benefício da incorporadora, mediante liquidação por arbitramento, para prévia redução a dinheiro das prestações de natureza heterogênea a dinheiro, afastando-se, nesse caso, a condenação ao pagamento de lucros cessantes. Em vista da sucumbência recíproca, arbitro os honorários advocatícios em 14% do valor atualizado da causa, repartidos pela metade entre os patronos das partes litigantes, observada eventual gratuidade de justiça.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.721 - DF (2016/0187952-6)

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Acompanho o eminente Relator, destacando que em casos como tais, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, ela também deverá ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor, afastando a possibilidade de ser calculada sobre o valor total da obra.

Estará, assim, a egrégia Segunda Seção, nesta assentada do dia 8/5/2019, no julgamento do tema Representativo da Controvérsia nº 971, proposto no âmbito do presente Recurso Especial, assim como do REsp nº 1.631.485/DF, para os fins do rito dos recursos repetitivos, ratificando a redação da tese, previamente ajustada na sessão do dia 27/3/2019, de que: *"No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial"*.

Com essas considerações e pedindo vênias aos eminentes **Ministros Antonio Carlos Ferreira e Maria Isabel Gallotti**, acompanho o eminente Relator, **Ministro Luis Felipe Salomão**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.721 - DF (2016/0187952-6)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS ajuizou ação de indenização por perdas e danos decorrentes de atraso na entrega de imóvel em construção prometido à venda pela empresa ré, MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.

A sentença, além dos lucros cessantes e outros encargos, condenou a ré a pagar, "a título de encargos moratórios invertidos, os percentuais de multa e juros de mora previstos na cláusula 4.2 do contrato, os quais devem incidir sobre as parcelas do contrato que seriam devidas pela parte autora no período compreendido entre 30/06/2014 até a efetiva entrega do imóvel objeto do contrato *sub examen*, tudo acrescido de correção monetária (INPC-IB3GE), a partir dos vencimentos mensais, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (artigo 405 do CCB/2002)" (fl. 135).

O Tribunal de origem, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela ré para afastar referida inversão da cláusula penal, em acórdão assim ementado (fls. 196/197):

APELAÇÃO CÍVEL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL - INOVAÇÃO RECURSAL - INTERESSE DE AGIR - LUCROS CESSANTES - INVERSÃO DA MULTA MORATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - DESPESAS COM O IMÓVEL - RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES.

1. Caracteriza inovação recursal a apresentação, em sede de apelo, de matérias não trazidas na contestação, sendo vedado o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância.
2. Demonstrada a necessidade e utilidade da ação de indenização, rejeita-se a preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir.
3. É abusiva a cláusula que prevê alteração da data de entrega do imóvel com base no contrato de financiamento porque coloca o consumidor em extrema desvantagem ao não saber ao certo a data do cumprimento da obrigação.
4. **A não entrega do imóvel no prazo previsto gera, por si só,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo presumido ao adquirente, razão pela qual a ele é devida indenização por lucros cessantes.

5. Não é possível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor porque não cabe ao julgador inovar no contrato.

6. As despesas do imóvel são de responsabilidade da construtora até a entrega das chaves ao comprador.

7. Conheceu-se parcialmente e, nesta parte, deu-se parcial provimento ao apelo da ré. (grifos não constantes do original)

Inconformada, a autora interpõe o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, sustentando ofensa aos artigos 408, 409 e 410 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial, sob o entendimento de que deve ser aplicada também em favor do consumidor a cláusula penal moratória estipulada somente em benefício da fornecedora, nos casos de descumprimento do prazo previsto para entrega do imóvel.

O presente feito foi submetido pela Segunda Seção desta Corte ao rito dos recursos repetitivos, cuja tese foi inscrita no Tema n. 971, para definição sobre "a possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda".

Não desconheço a existência de diversos precedentes deste Tribunal que entendem cabível a inversão de cláusula contratual prevista para o descumprimento da obrigação de uma das partes contratantes para incidir também em caso de inadimplemento da obrigação da outra parte. São precedentes que, de fato, tratam de situações semelhantes à versada nos presentes autos, muitos deles tomados do julgamento de agravo interno.

Penso, todavia, que o julgamento de recursos de natureza extraordinária repetitivos é a oportunidade definitiva de aprofundamento da análise da questão federal controvertida, de acurada reflexão a respeito de sua relação com outros institutos jurídicos, com a abordagem de todos os aspectos envolvidos, inclusive de suas repercussões sociais e econômicas, a fim de que seja preservada a unicidade e a coerência do sistema jurídico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fosse a razão de ser do rito dos recursos repetitivos apenas consolidar questões já decididas em precedentes anteriores, não teria sentido o disposto no art. 1.038 do CPC/2015, que faculta ao relator solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, consoante a relevância da matéria e realizar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria a fim de instruir o procedimento.

Ressalto a importância do precedente formado no recurso repetitivo, vinculante para as instâncias inferiores, e a circunstância de que sequer terão seguimento para o STJ recursos que procurem revisitar a tese já julgada sob prisma diverso (CPC, art. 1.040 e 1.042).

Essa seríssima consequência - imperativo de política judiciária acolhido pelo novo CPC - aumenta a responsabilidade dessa Seção, ao definir teses repetitivas, as quais devem, ao meu sentir, impor-se, sobretudo, pela força de seus fundamentos e capacidade de definir questões específicas em harmonia com a totalidade do sistema jurídico em que se inserem.

Posta essa premissa, passo analisar a questão jurídica afetada nos presentes autos.

Trata-se especificamente da pretensão de inversão de cláusula penal estabelecendo o pagamento de juros de mora e multa moratória para o caso de impontualidade, por parte do consumidor, no adimplemento das prestações pactuadas.

Toda a argumentação desenvolvida nesse sentido se concentra na busca pela paridade contratual, tendo em vista a posição de desvantagem exagerada do consumidor com a imposição de penalidade exclusiva, afetando o equilíbrio contratual, e no desestímulo ao atraso na entrega do bem pelo incorporador imobiliário.

Não desconheço a orientação desta Corte firmada no sentido de reconhecer, especialmente nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, a "manifesta abusividade na estipulação de penalidade apenas para o descumprimento das obrigações imputadas ao consumidor aderente ao contrato sem nada estatuir acerca da mora do fornecedor" (REsp 1548189/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 6.9.2017).

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA PENAL. RECIPROCIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que a cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve se voltar aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1605201/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 8.3.2018);

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA (VENDEDOR). DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO USO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO, A TÍTULO DE SUCUMBÊNCIA, DE LAUDO CONFECCIONADO EXTRAJUDICIALMENTE PELA PARTE VENCEDORA. DESCABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 19 E 20 DO CPC. INVERSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA MULTA EXCLUSIVAMENTE EM BENEFÍCIO DO FORNECEDOR, PARA A HIPÓTESE DE MORA OU INADIMPLEMENTO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE.

1. Apesar de a rescisão contratual ter ocorrido por culpa da construtora (fornecedor), é devido o pagamento de aluguéis, pelo adquirente (consumidor), em razão do tempo em que este ocupou o imóvel. O pagamento da verba consubstancia simples retribuição pelo usufruto do imóvel durante determinado interregno temporal, rubrica que não se relaciona diretamente com danos decorrentes do rompimento da avença, mas com a utilização de bem alheio. Daí por que se mostra desimportante indagar quem deu causa à rescisão do contrato, se o suporte jurídico da condenação é a vedação do enriquecimento sem causa. Precedentes.

2. Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Assim, mantém-se a condenação do fornecedor - construtor de imóveis - em restituir integralmente as parcelas pagas pelo consumidor, acrescidas de multa de 2% (art. 52, § 1º, CDC), abatidos os aluguéis devidos, em vista de ter sido aquele, o fornecedor, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel.

3. Descabe, porém, estender em benefício do consumidor a cláusula que previa, em prol do fornecedor, a retenção de valores a título de comissão de corretagem e taxa de serviço, uma vez que os mencionados valores não possuem natureza de cláusula penal moratória, mas indenizatória.

4. O art. 20, caput e § 2º, do Código de Processo Civil enumera apenas as consequências da sucumbência, devendo o vencido pagar ao vencedor as "despesas" que este antecipou, não alcançando indistintamente todos os gastos realizados pelo vencedor, mas somente aqueles "endoprocessuais" ou em razão do processo, quais sejam, "custas dos atos do processo", "a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico". Assim, descabe o ressarcimento, a título de sucumbência, de valores despendidos pelo vencedor com a confecção de laudo extrajudicial, mediante a contratação de perito de sua confiança. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 955.134/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 29.8.2012).

Como cediço, as relações jurídicas decorrentes da incorporação imobiliária, regidas pela Lei n. 4.596/64, foram profundamente impactadas com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, permitindo maior estreitamento entre o direito e a realidade social, com novos contornos à interpretação dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Creio, entretanto, que não é possível, data vênua, sob o argumento de se buscar equilíbrio contratual, a inversão de obrigações de naturezas distintas, concebidas em razão de dinâmica contratual própria, resultando na criação de uma nova obrigação não concebida pelos contratantes.

A Quarta Turma, no julgamento do REsp 1.412.993/SP, de minha relatoria para o acórdão, já afirmou que, tendo em vista que "ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de substituir o legislador, a "inversão" da cláusula deve partir do atendimento a dois pressupostos lógicos: a) que a cláusula penal tenha sido, efetivamente, celebrada no pacto; b) haja quebra do equilíbrio contratual, em afronta ao princípio consagrado no art. 4º, III, do CDC".

Partindo desses pressupostos - aos quais, à vista do caso ora em julgamento, acrescento a verificação dos motivos que levaram à pactuação da cláusula penal e a natureza da obrigação principal à qual ela é acessória - a excepcional possibilidade de imposição de cláusula penal a um dos contratantes, quando estipulada apenas em favor do outro, deve ser feita com muito cuidado, mormente em julgamento de caráter multitudinário, como o que de aqui se cuida.

Com efeito, o deslinde da questão passa pela análise dos motivos jurídicos e econômicos que ensejaram a pactuação da cláusula penal cuja inversão se pretende, bem como do alegado desequilíbrio na modalidade de contrato em exame e, também, das repercussões decorrentes em prol do desejado equilíbrio entre o interesse individual dos consumidores e o interesse coletivo dos demais envolvidos na incorporação, tendo em mira propiciar um mercado imobiliário saudável.

A incorporação imobiliária é atividade complexa que envolve relações entre vários agentes, tais como adquirentes, construtoras, fornecedores e financeiras, por longo período, com obrigações recíprocas, até que seja materializado o produto, isto é, a unidade imobiliária a ser entregue ao adquirente.

Os custos econômicos e os riscos assumidos devem estar expressos no contrato, pois a insegurança quanto ao ponto elevará o preço inicial cobrado pelo incorporador, acarretando o indesejado desequilíbrio na relação entre incorporador e adquirente.

A ausência de estipulação de multa ao incorporador (fornecedor) pode, à primeira vista, aparentar caso de tratamento desigual entre os contratantes, visão que não subsiste a um exame aprofundado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A penalidade analisada, cuja inversão se pretende, tem natureza específica para garantir o pagamento das prestações pelos adquirentes. À toda evidência, a multa de 2% e juros mensais de 1% são concebidos no contrato para ter caráter moratório, incidindo sobre a prestação vencida e não paga. A previsão de juros moratórios incidentes sobre o valor da prestação não paga no vencimento indeniza, de forma compatível, o atraso no cumprimento da obrigação de pagar quantia líquida.

Tal penalidade tem finalidade de garantir os interesses de ambas as partes, da incorporadora e do coletivo de adquirentes, pois a insuficiência da poupança coletiva formada pelo pagamento das prestações é fato apto a ensejar a inviabilização do empreendimento.

Sobre esse fato já advertiu CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

Como contrato bilateral que é, a incorporação gera obrigações para ambas as partes. Tem-nas o incorporador, e a lei cautelosamente as menciona até com certa ênfase, não deixando mesmo de se referir àquelas que, não sendo peculiares a este contrato, entendeu destacar no seu sentido específico. No entanto, igualmente as tem o candidato ou adquirente de unidade no edifício, e muitas vezes o malogro de incorporações, atirado a débito da má administração ou incorreto comportamento do incorporador, origina-se do inadimplemento por parte dos outros contratantes, notadamente no tocante ao pagamento das prestações que se obrigaram a solver (Condomínio e Incorporações, Gen-Forense, 13ª ed. revista e atualizada, pág. 295).

A relevância do pontual cumprimento das obrigações do adquirente para o sucesso do empreendimento foi cabalmente demonstrada em parecer apresentado pelo Professor Gustavo Franco, do qual transcrevo as seguintes passagens:

Como em diversas outras atividades em que é preciso construir um bem ou prover um serviço para o qual investimentos vultuosos e demorados são necessários, o adquirente final da mercadoria ou serviço começa a pagar antes da coisa existir ("compra na planta") e o produtor que, tecnicamente, "vende a descoberto", ou seja, vende a coisa antes dela existir com base na promessa de entrega



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

futura e usa os recursos assim obtidos para formar a base financeira para a construção do bem ao longo de vários anos.

A participação de agentes financeiros é fundamental e indispensável nessa cadeia de eventos, valendo observar que ela se dá, via de regra, em momento crucial do ciclo da incorporação, no momento em que a obra se completa, e ocorre a entrega das chaves, pois é a partir daí que o empreendimento se encontra "performado" (ou seja, que foi superada a fase mais difícil e arriscada da incorporação, a construção) e portanto é apenas a partir desse momento que o adquirente pode se tornar mutuário do agente financeiro pois agora possui uma garantia a oferecer. Nesse momento, o agente financeiro assume o papel de credor, em lugar do incorporador, desembolsa recursos para o credor original (o incorporador) e segue com o financiamento pelos prazos remanescentes do contrato, geralmente períodos longos.

É nesse momento crucial, o da entrega das chaves, que o fluxo de caixa do incorporador passa a ser positivo e que, em geral, é o momento quando se define se o empreendimento é lucrativo ou não. O tempo, ou a velocidade com que esse momento ocorre é crucial para o sucesso da atividade. Não há desacordo em se constatar que a incorporação é tanto mais bem-sucedida quanto mais rápida é a venda das unidades, após o lançamento comercial, mais rápida é a construção e a entrega das unidades. O gráfico abaixo descreve o fluxo de caixa típico de um projeto de incorporação imobiliária:

(...)

Nesse contexto, nada há de accidental no fato de que esta arquitetura contratual para a atividade produz fortes incentivos para que a empresa incorporadora acelere seus trabalhos e chegue o mais rápido possível no momento crucial de entrega das chaves.

É fundamental ter claro, portanto, que não há nenhuma vantagem para a incorporadora em atrasar a entrega do imóvel. Pelo contrário, há prejuízo, pois o consumo de capital próprio do empreendedor terá sido grande até esse momento, e sem ajuda do agente financeiro, e enquanto isso não acontecer, o incorporador vai estressando suas possibilidades financeiras. Por isso não há multas e punições pelo atraso na entrega, ainda mais num país tão repleto de incertezas empresariais que podem provocar atrasos, uma vez que o maior interessado em acelerar as coisas é o construtor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sublinhe-se: não há incentivos perversos (à procrastinação) a corrigir ou inibir através de multas.

Portanto, não há sentido econômico na punição da construtora pelo atraso (salvo quanto decorrente de má fé, fraude, ou algo desse tipo) pois, considerado o regramento típico dos contratos dessa modalidade, a construtora não deriva nenhuma vantagem do atraso, ao contrário, fica retardado o momento em que o agente financeiro assume o financiamento do imóvel e dá liquidez a construtora.

Na grande maioria dos casos o atraso é causado por fatores fora do controle da construtora, tipicamente os licenciamentos, ou também por elementos pertinentes ao ciclo econômico, como a escassez de matérias primas e equipamentos, e mesmo por acúmulos de atrasos nas prestações dos mutuários ou distratos. Há uma inequívoca incerteza empresarial no estrito cumprimento do prazo de entrega, uma espécie de corrida de obstáculos para o empreendedor, para o sucesso da qual o adquirente contribui cumprindo pontualmente suas obrigações.

Existe um delicado equilíbrio no relacionamento entre as várias partes integrantes do ecossistema da incorporadora residencial que se viu consagrado pelos usos e costumes do setor, do qual resultou uma arquitetura contratual que alinha incentivos e evita comportamentos oportunistas. A incorporação consiste em esforço coletivo pelo qual dezenas ou mesmo centenas de pessoas aderem a um esforço financeiro, cuja soma viabiliza um empreendimento coletivo que é a construção de um imóvel que vai acomodar diversas famílias. Há uma fase de construção, a mais delicada e envolta em riscos, para a qual todos contribuem, os adquirentes com o cumprimento pontual de sua obrigação, e a construtora pela execução pontual das diversas tarefas associadas às obras e dentro do orçamento contratado.

Já com relação aos adquirentes, há uma diferença na natureza das obrigações, que são financeiras, pré-definidas e consistem basicamente no pagamento pontual das mensalidades, sendo certo que na falta desses pagamentos, todo o esforço coletivo fica prejudicado. O incentivo, nesse terreno, é perverso, pois o indivíduo que atrasa desfruta do dinheiro que deixou de gastar e impinge no grupo o ônus decorrente da falta dessa liquidez para o andamento das obras. Esse prejuízo financeiro que a impontualidade do adquirente ocasiona ao bem coletivo tem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza do "*free rider*", que é o "problema" habitual daquilo que os economistas designam como "bem público": aquele para do qual o indivíduo não pode ser excluído do consumo que não esteja contribuindo para a sua constituição e preservação. O incentivo é perverso: individualmente o *free rider* enxerga vantagem em subtrair-se do esforço, e geralmente não imagina a implicação coletiva de seu comportamento se disseminar se todos tiverem o mesmo pensamento.

É como o condômino que deixa de pagar sua cota parte, e faz incidir sobre os outros o ônus da manutenção ou construção de estruturas de uso comum. É uma situação onde não apenas se quer reparar as consequências financeiras do comportamento *free rider* como se desenha penalidades que coíbam esses incentivos perversos naturais. Assim são as multas nos condomínios, pelo atraso nas mensalidades, e as prestações dos adquirentes em contratos de incorporação.

Não é a mesma situação do incorporador que se atrasou na entrega de obra, ou do condomínio que não entregou no prazo uma benfeitoria para a qual cobrou uma cota parte, pois não há incentivo perverso a corrigir.

(...)

Não punir para não criar incentivos errados, ou pela desnecessidade de corrigir incentivos perversos, não quer dizer que a construtora atrasada não deva reparar as consequências econômicas de seu atraso.

Entendo, portanto, que não é, em princípio, abusiva a estipulação, no contrato, de multa para desestimular o não pagamento tempestivo das prestações pelo adquirente, a fim de coibir incentivo perverso, nocivo aos interesses não apenas do empreendedor, mas também do grupo de adquirentes.

Quanto à pretendida inversão de tal multa - acessória à obrigação de pagar as prestações - em desfavor do fornecedor que atrasa a entrega do imóvel, cumpre fazer algumas considerações.

Cuida-se, de um lado, de obrigação de dar - pagamento das prestações - e, de outro lado, de obrigação de fazer - construção e entrega do imóvel prometido à venda. A diversidade de tratamento espelha, justamente, as diferentes obrigações assumidas pelas partes no desempenho de sua função dentro do contrato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Anoto que a possibilidade de conversão de obrigações de natureza heterogênea, com sua mensuração em pecúnia, não traduz, data vênua, equidade em aplicação, face à diversidade de propósito para o qual concebida a cláusula penal no contexto próprio da relação contratual.

Não há falar-se em simetria na aplicação de penalidade, impondo-a a um dos contratantes, se não há obrigação correspondente. Nesses casos, não se trata de inversão, mas de criação de uma nova obrigação, o que não é admitido. A legislação não permite a criação de cláusula penal - sempre produto da autorregulamentação dos contratantes -; somente apresenta mecanismos ao julgador para sua dosimetria.

Em caso de detecção de abusividade na imposição de penalidade a uma das partes sem obrigação contrária correspondente, a solução não é a criação de uma nova penalidade, mas, sim, a declaração de sua nulidade, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, a manifestação do Professor José Fernando Simão na audiência pública (fls. 36-41):

O nome das coisas tem a ver diretamente com o tema da chamada inversão da cláusula penal. E vou exatamente falar sobre o nome "inversão da cláusula penal".

O brasileiro tem assistido a um movimento legislativo/doutrinário de mudança do nome das coisas.

(...)

Então, o nome "inversão da cláusula penal", o que estamos, efetivamente, trabalhando? E aqui vou pedir licença para citar dois autores que são as minhas bases teóricas: Pontes de Miranda, no seu *Tratado*, a obra magistral, e Antonio Junqueira de Azevedo, meu professor de mestrado e doutorado no Largo de São Francisco. Estamos tratando de inversão de cláusula penal ou estamos tratando de criar uma cláusula penal desfavor de alguém que não havia previsto inicialmente no contrato? Parece-me que o nome inversão é um nome que gera um equívoco conceitual, porque o que estamos fazendo na chamada inversão é criar uma cláusula penal que não existia em desfavor da parte "a" ou da parte "b".

(...)

Se a cláusula penal é realmente compensatória, eu e o Professor Otavio acreditamos nisso e defendemos isso de longa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

data, e ela não é punitiva no Direito Brasileiro, ela compensa o que? Ela compensa prejuízos prefixados. As partes abrem mão de prova do prejuízo e prefixam para no contrato os seus danos. Ora, e aí vem toda a questão, se as partes escolheram um dano prefixado para o descumprimento da obrigação ou da prestação de João, como transfiro para a obrigação ou prestação de Maria? Ou seja, há um problema aqui, ao meu sentir, valorativo. Se a construtora - e depois, vou dar uma solução jurídica que me parece adequada - impuser - e segundo o Professor Flávio Tartuce, eventualmente, indevidamente - uma cláusula penal em desfavor do consumidor, o problema é que a previsão de descumprimento daquela cláusula penal é para a prestação do consumidor. Invertê-la em desfavor da construtora é ignorar a natureza jurídica das prestações. As prestações não são iguais. Dizia aqui um colega, na tribuna, que isso é um perigo, porque espalhará para todas as ações e aumentará o número de ações. Eu, como técnico, não vou avaliar se isso aumenta ou não aumenta as ações, vou dizer uma coisa que me parece bastante simples: **se a prestação descumprida for de dar, no caso do consumidor, e a prestação descumprida for de fazer, no caso do empreiteiro ou construtor, como é que vou aplicar a mesma cláusula penal que pressupõe obrigações distintas simplesmente invertido?**

Então, parece-me que aqui o debate é mais complexo. **Inversão de cláusula penal é criar cláusula penal desfavor de alguém desconsiderando a diferença de prestações: dar e fazer, dar e não fazer ou fazer e não fazer.**

Portanto, o que me preocupa não é se vão ou se não vão aumentar as ações, porque faz parte do jogo democrático buscar o Poder Judiciário, o que me preocupa é como justificar, por exemplo, a um comodatário ou a um comodante que a cláusula penal prevista para o descumprimento da prestação do comodatário aplica-se ao comodante e vice-versa, se o comodatário tem a obrigação da dar posse, tem a obrigação de conservação da coisa e o comodante tem uma obrigação praticamente pré-contratual, porque ainda não há contrato, de entregar a posse. Nesse momento, o que me dificulta na compreensão do tema inversão da cláusula penal são esses dois pontos: criação de uma prestação inexistente, ferindo toda a base do negócio jurídico, o negócio jurídico é a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorregulamentação da vontade das partes, e inverte prestação como obrigações, prestações distintas, e a cláusula penal é uma prestação auxiliar.

(...)

Mas o que quero dizer é o seguinte: como resolvo a questão de eventual abusividade da cláusula penal imposta aos consumidores? Não é invertendo a cláusula penal, é nulificando a cláusula penal. Aliás, o art. 2.035 diz que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar função social do contrato. O plano da eficácia, seguindo a doutrina de Pontes Miranda, ou o plano da validade, invalidade ou ineficácia, resolvem o problema da cláusula penal eventualmente tida por abusiva sem a questão da inversão, porque a inversão é a criação de uma cláusula penal para quem não teria. Portanto, o sistema resolve o problema que estamos debatendo nesta sessão. Resolve por meio de ineficácia ou de invalidação, mas jamais de inversão, jamais de criação em prol de alguém que tem prestação distinta daquela para quem a cláusula penal foi inicialmente concebida. O remédio está no sistema. Não precisamos - o Professor Otávio tem razão - sair do sistema e buscar a principiologia. **O sistema diz que se a cláusula for abusiva, ela é ineficaz ou ela é nula. Não preciso inverter cláusula penal. E aí, sim, dizem os advogados dos consumidores, haverá uma função didática. Se a cláusula penal for tida por nula, nos próximos contratos, as construtoras colocarão cláusula penal para ambas as partes. Mas a simples inversão da cláusula penal não é possível no sistema.**

No mesmo sentido, manifestou-se o Professor Sylvio Capanema na audiência pública (fls. 49-53):

Desde o primeiro momento, eu sustentei que não era possível reverter a cláusula penal por várias razões, muitas delas já ressaltadas dessa tribuna. A primeira é a incontornável diferença de natureza jurídica das prestações emanadas desses contratos. Temos, de um lado, uma obrigação pecuniária e, do outro, por parte do incorporador, uma obrigação de fazer. Não há, à luz da doutrina tradicional, como reverter as sanções de prestações tão diferentes em sua natureza. **Por outro lado, todos nós sabemos,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde Savigny, que o negócio jurídico é autorregulamentação dos interesses privados. Como poderia o judiciário criar uma pena para uma das partes, que não está prevista no contrato? E, também se ressaltou que, desde Clóvis, a cláusula penal compensatória não permite qualquer outra pretensão de perdas e danos.

Então, o que se poderia fazer nesse caso seria, como disse o Professor Simão, pleitear a nulidade da cláusula ou encontrar uma outra solução que não agrida de maneira tão formal esses conhecimentos tradicionais da doutrina jurídica.

Observe que a criação de cláusula penal inexistente em prol do consumidor - por meio da dita inversão de cláusula acessória à obrigação de natureza diversa - não necessariamente atenderia ao interesse do consumidor.

Com efeito, falhando o fornecedor em sua obrigação de entregar tempestivamente a unidade imobiliária, a consequência ditada pelo Código do Consumidor e pelo Código Civil será o direito de obter o ressarcimento pleno de todos os prejuízos sofridos com a demora.

A cláusula penal compensatória - quando expressamente estipulada no contrato para compensar o descumprimento da obrigação à qual ela é acessória - por um lado, representa vantagem ao lesado, ao qual assiste o direito de exigir a pena convencional sem sequer alegar prejuízo (Código Civil, art. 416, caput).

Por outro lado, segundo a disciplina do instituto dada pelo parágrafo único do mesmo artigo, "ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

Vale dizer, ao se entender que a previsão no contrato de cláusula compensatória em favor do fornecedor para o caso de atraso no pagamento das prestações implicaria a inversão da cláusula em prol do consumidor em caso de demora no cumprimento da obrigação de entregar o imóvel, a cláusula compensatória invertida, por sua natureza, na ausência de pacto em sentido diverso, afastaria a possibilidade de qualquer outra pretensão de perdas e danos, conforme acentuado no texto acima transcrito de Sylvio Capanema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O absurdo dessa conclusão - criação, por inversão, de cláusula penal inexistente no contrato, privando o consumidor de qualquer outra pretensão de perdas e danos - realça o equívoco da pretendida inversão, notadamente, nos termos em que realizada pela sentença de primeiro grau. Com efeito, esta determinou o pagamento pela fornecedora, ao consumidor, da multa e dos juros que este teria que pagar, tomando por base as prestações a cargo do próprio consumidor, sem nexos, portanto, com a obrigação inadimplida pela fornecedora. Em outros processos análogos, determina-se a incidência da multa e dos juros moratórios, mensalmente, sobre o valor total do contrato, o que não representa mera inversão de encargos que deveriam incidir apenas sobre parcela do preço porventura não paga tempestivamente.

Observe, no ponto, que a solução preconizada no voto do eminente Relator para converter em pecúnia, por meio de arbitramento, a obrigação de fazer do fornecedor, "apurando-se valor adequado e razoável para indenização pelo período da mora", para sobre o valor encontrado fazer incidir a cláusula penal invertida, reflete a dificuldade inerente à disparidade das obrigações das partes contratantes e, na prática, significaria a criação, pelo Judiciário, de cláusula nova, cujos parâmetros (e não apenas a respectiva quantificação) seriam decididos caso a caso, após surgido o litígio, aniquilando, data maxima venia, a razão de ser o instituto de direito civil "cláusula penal", voltado precisamente a predeterminar o valor compensatório do inadimplemento da obrigação principal ao qual é acessória.

Penso, data vênua, que, na ausência de cláusula penal acessória ao cumprimento de determinada obrigação contratual, a melhor solução será realmente a apuração, diante das circunstâncias do caso concreto, e se necessário por meio de perícia, do valor do ressarcimento pleno dos prejuízos alegados pela parte lesada. A apuração, nesse caso, deve voltar-se à verificação do prejuízo concreto sofrido, a ser indenizado, e não, data maxima vênua, do valor da obrigação descumprida, para constituir a base de cálculo da cláusula penal invertida - na realidade, criada, uma vez que não pactuada pelas partes para o reforço da obrigação inadimplida.

Ademais, a Segunda Seção já decidiu que o atraso na entrega da unidade imobiliária enseja o pagamento de lucros cessantes de forma presumida. Leia-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.
COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. LUCROS
CESSANTES. PREJUÍZO PRESUMIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador.
2. A citação é o marco inicial para a incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes.
3. Embargos de divergência acolhidos.
(EResp 1.341.138/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 22.5.2018).

Ressalto que, além do pagamento de lucros cessantes presumidos, consubstanciados pelo valor de locação do imóvel, o incorporador fica ainda sujeito a ter que indenizar outros eventuais prejuízos sofridos pelo adquirente com o descumprimento do prazo de entrega do bem, caso alegados e comprovados.

Por fim, não impressiona a alegação de que a inversão poderá servir de desestímulo ao atraso na entrega do bem pelo incorporador.

Isso porque conforme exposto pelos economistas Eduardo Zylberstajn (EESP/FGV) e Gustavo Franco (ABRAINC) na audiência pública realizado no STJ no dia 27.8.2018 para debate dos Temas repetitivos 970 e 971, o atraso na obra não é vantajoso ao incorporador, pois só recebe fluxo positivo de caixa após a entrega das unidades e antes tem de arcar com altos custos, inclusive financeiros, com a demora.

Deve-se ter em vista que a severidade da pena traduz maior risco, que certamente será repassado ao consumidor no preço pedido pelo vendedor.

Conforme consignei no Seminário sobre "A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ", realizado no STJ no dia 25.4.2018, como um instrumento importante para a concretização do direito constitucional à moradia (artigo 6º da Constituição Federal), muitas interferências no setor produtivo têm sido efetuadas pelo Poder Judiciário. Mas a intervenção estatal, com o exacerbamento na proteção conferida aos compradores de imóveis, não pode servir de desestímulo à construção civil, o que certamente redundaria em um contexto desfavorável ao consumidor, com o aparecimento de dificuldades no acesso ao almejado bem. A proteção do interesse dos consumidores, portanto, deve ser exercida de forma equilibrada, sem descurar da coletividade, o que ensejará a sustentabilidade e a estabilidade entre os interesses envolvidos na incorporação imobiliária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Concluo, assim, que não há fundamentação jurídica ou econômica para embasar o alegado desequilíbrio contratual e ensejar a pretendida inversão da cláusula penal.

No caso dos autos, verifico que o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com tal conclusão.

Em face do exposto, com a devida venia, dirijo do voto proferido pelo eminente Ministro relator para negar provimento ao recurso especial e propor a fixação da seguinte tese:

Não é possível a inversão da cláusula penal estabelecida em desfavor do adquirente para o pagamento das prestações com sua aplicação ao descumprimento pela construtora no prazo de entrega de imóvel em construção prometido à venda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0187952-6

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.614.721 / DF

Números Origem: 00397771420148070007 20140710406743 20140710406743RES

PAUTA: 08/05/2019

JULGADO: 22/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. SADY D'ASSUMPÇÃO TORRES FILHO

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ALINE RAMALHO SERENO DE MEDEIROS
ADVOGADO	: PAULO EDUARDO SAMPAIO MENDONÇA E OUTRO(S) - DF031058
RECORRIDO	: MRV PRIME TOP TAGUATINGA II INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA
ADVOGADOS	: ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHOA COSTA - MG080055 LEONARDO FIALHO PINTO - MG108654
ADVOGADOS	: PRISCILA ZIADA CAMARGO FERNANDES - DF040077 CAMILA MARINHO CAMARGO E OUTRO(S) - DF041373
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	: WALTER JOSE FAIAD DE MOURA E OUTRO(S) - DF017390 AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110 SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194
INTERES.	: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES.	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Inadimplemento - Perdas e Danos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Finalizado o julgamento do caso concreto na sessão de julgamentos de 08 de maio de 2019, no seguinte sentido: "Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso especial, abriu divergência a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhada pelo Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira, e a Seção, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Fixou-se, nesta assentada, tese para os fins repetitivos no tema 971, a seguir: "No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial."

Vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente justificadamente, apenas nesta assentada, o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.